

NORBERTO BOBBIO

DA ESTRUTURA À FUNÇÃO

NORBERTO BOBBIO

DA ESTRUTURA À FUNÇÃO

NOVOS ESTUDOS DE TEORIA DO DIREITO

Prefácio à edição brasileira de Mario Losano,
e apresentação de Celso Lafer

340.1
B663e
Ex.2





Copyright © 2007 Editora Manole Ltda., por meio de contrato com Andrea Bobbio.
Logotipo: copyright © Centro de Estudos Norberto Bobbio
Título do original: *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*
Tradução: Daniela Beccaccia Versiani
Tradução do prefácio à edição brasileira: Marcela Varejão
Revisão técnica: Orlando Seixas Bechara
Renata Nagamine
Projeto gráfico: Departamento Editorial da Editora Manole
Editoração eletrônica: Know-How Editorial Ltda.
Capa: Eduardo Bertolini
Imagem da capa: Arcadas da Itália – iStockphoto.com

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Bobbio, Norberto

Da estrutura à função : novos estudos de teoria do direito / Norberto Bobbio ;
tradução de Daniela Beccaccia Versiani ; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara,
Renata Nagamine. – Barueri, SP : Manole, 2007.

Título original: *Dalla struttura alla funzione*.
ISBN 85-204-2556-9

1. Direito - Filosofia I. Título.

06-8347

CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia 340.12
2. Filosofia do Direito 340.12

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida,
por qualquer processo, sem a permissão
expressa dos editores.
É proibida a reprodução por xerox.



Edição brasileira – 2007
1ª reimpressão – 2008

Editora Manole Ltda.
Av. Ceci, 672 – Tamboré
06460-120 – Barueri – SP – Brasil
Tel.: (11) 4196-6000 – Fax: (11) 4196-6021
www.manole.com.br
info@manole.com.br

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

SUMÁRIO

Sobre o autor	VII
Nota à edição brasileira	IX
Prefácio	XI
Prefácio à edição brasileira	XIX
Apresentação à edição brasileira	LI
1. A função promocional do direito	1
2. As sanções positivas	23
3. Direito e ciências sociais	33
4. Em direção a uma teoria funcionalista do direito	53
5. A análise funcional do direito: tendências e problemas	81
6. Do uso das grandes dicotomias na teoria do direito	115
7. A grande dicotomia	139
8. Teoria e ideologia na doutrina de Santi Romano	159
9. Estrutura e função na teoria do direito de Kelsen	181
10. Tullio Ascarelli	211
Índice onomástico	273
Índice remissivo	279

SOBRE O AUTOR

Norberto Bobbio nasceu em Turim, em 1909. Graduou-se em Direito (1931) e em Filosofia (1933) pela Universidade de Turim, instituição da qual foi professor de Filosofia do Direito (1948-1972) e de Filosofia Política (1972-1979). Lecionou também nas universidades de Camerino, Siena e Pádua. Em 1984, como reconhecimento da excelência de seu magistério e de sua vida pública, tornou-se professor emérito da Universidade de Turim e foi nomeado senador vitalício da Itália pelo presidente Sandro Pertini. Faleceu em 9 de janeiro de 2004, deixando um legado intelectual de aproximadamente 5.000 títulos, entre livros e ensaios, parte dos quais foi traduzida para o alemão, espanhol, francês, inglês, iugoslavo e português. São algumas de suas obras publicadas no Brasil: *Teoria do ordenamento jurídico*, *Teoria da norma jurídica*, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, *Dicionário de política*, com Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, e *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, organizado por Michelangelo Bovero.

PREFÁCIO

Reúno neste volume a maioria dos escritos de teoria do direito elaborados depois da última coletânea análoga (*Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turim, 1970). São ensaios esparsos e dispersos, de temática díspar, sobre temas teóricos e também sobre pessoas. Não são redutíveis a uma única inspiração nem são passíveis de ser reescritos em uma unidade sistemática. No entanto, quase todos são atravessados ou tocados por um tema dominante, o da função “promocional” do direito – peço desculpas pela palavra rude, mas não encontrei uma melhor –, que dá título ao primeiro ensaio e, por conseguinte, à coletânea como um todo. Vinculam-se diretamente a esse tema os dois primeiros ensaios, *A função promocional do direito* e *As sanções positivas*, mas quase todos os outros a ele se referem tangencialmente, a ele acenam ou nele resvalam. Trata-se de um tema cuja apreensão e discussão considero fundamentais para adequar a teoria geral do direito às transformações da sociedade contemporânea e ao crescimento do Estado social, ou administrativo, ou de bem-estar, ou de justiça, ou de capitalismo monopolista, como se

queira, de modo mais ou menos benevolente, denominar, segundo os diferentes pontos de vista. Essa adequação se tornou necessária a quem deseje compreender e descrever com exatidão a passagem do Estado “garantista” para o Estado “dirigista” e, conseqüentemente, as metamorfoses do direito como instrumento de “controle social”, no sentido estrito da palavra, em instrumento de “direção social”; em suma, para suplantar a disparidade entre a teoria geral do direito tal qual é e a mesma teoria tal como deveria ser, em um universo social em constante movimento.

Entendo por “função promocional” a ação que o direito desenvolve pelo instrumento das “sanções positivas”, isto é, por mecanismos genericamente compreendidos pelo nome de “incentivos”, os quais visam não a impedir atos socialmente indesejáveis, fim precípua das penas, multas, indenizações, reparações, restituições, ressarcimentos, etc., mas, sim, a “promover” a realização de atos socialmente desejáveis. Essa função não é nova. Mas é nova a extensão que ela teve e continua a ter no Estado contemporâneo: uma extensão em contínua ampliação, a ponto de fazer parecer completamente inadequada, e, de qualquer modo, lacunosa, uma teoria do direito que continue a considerar o ordenamento jurídico do ponto de vista da sua função tradicional puramente protetora (dos interesses considerados essenciais por aqueles que fazem as leis) e repressiva (das ações que a eles se opõem).

A percepção dessa mudança obrigou-me a voltar o olhar para um problema que fora um tanto quanto negligenciado pela teoria tradicional, qual seja, o problema da função do direito, ao qual se dedicam o terceiro, o quarto e o quinto ensaios, e, em parte, também o ensaio sobre Kelsen. O predomínio da teoria pura do direito no campo dos estudos jurídicos teve por efeito que os estudos de teoria geral do direito foram orientados, por um longo período, mais em direção à análise da estrutura dos ordenamentos jurídicos do que à análise da sua função. É desnecessário mencionar as importantes contribuições dadas, nos últimos anos, para a ampliação e o aprofun-

damento da análise estrutural, de cujo ventre fecundo nasceu diretamente uma disciplina nova e fascinante, a lógica deôntica. Contudo, o direito não é um sistema fechado e independente, ainda que nada nos impeça de assim considerá-lo quando nos pomos do ponto de vista das estruturas formais. Em relação ao sistema social considerado em seu todo, em todas as suas articulações e inter-relações, o direito é um subsistema que se posiciona ao lado dos outros subsistemas, tais como o econômico, o cultural e o político, e em parte se sobrepõe e contrapõe a eles. Ora, aquilo que o distingue dos outros subsistemas, junto aos quais constitui o sistema social em seu todo, é a função. Tanto é verdade que uma análise do sistema social em seu todo não pode prescindir da análise funcional de cada uma de suas partes. Naturalmente, a orientação da teoria do direito em direção à análise funcional, a qual eu denominei uma "teoria funcionalista do direito", como um acréscimo, e não em oposição, à teoria estruturalista dominante, não pôde ocorrer sem uma contribuição direta da sociologia. A passagem da teoria estrutural para a teoria funcional é também a passagem de uma teoria formal (ou pura!) para uma teoria sociológica (impura?). Digo isto porque na maioria dos artigos aqui reunidos – e este é um outro traço comum a eles – percebe-se que a sociologia do direito bate à porta.

Os dois artigos sobre as "grandes " são um exercício de *ars combinatoria*: uma operação pela qual sempre tive um certo gosto e que sempre considerei estimulante. São, em parte, a continuação e o desenvolvimento do artigo sobre normas primárias e normas secundárias que encerrava a coletânea precedente (na obra citada acima, p.175-97). Mas são, também, uma tentativa de entender como operam as categorias fundamentais pelas quais procuramos apreender e dominar uma determinada esfera da experiência e entender quais relações há entre as categorias fundamentais das diversas esferas de experiência que fazem referência umas às outras (sociedade, direito, economia, moral, etc.).

Dos três artigos sobre juristas, o que se refere a Kelsen está ligado aos principais temas da função positiva do direito e da análise funcional do sistema jurídico, que caracterizam a presente compilação. Os outros dois, ao contrário, escritos para ocasiões celebrativas (mesmo que eu me iluda em acreditar que não tenham sido celebrantes), são estranhos à principal temática do livro. O artigo sobre Tullio Ascarelli – inserido aqui porque até agora passou despercebido, sepultado tal como está em um daqueles cemitérios monumentais que são os estudos em homenagem, e também porque contém as primeiras referências a uma teoria funcionalista do direito – é o mais antigo desta coletânea (foi escrito em 1964); o artigo sobre Santi Romano, em parte inédito, é o mais recente (1975).

Segue abaixo o elenco dos escritos reunidos neste volume, com a advertência de que, ao reeditá-los, neles introduzi algumas ligeiras correções e a eles acrescentei algumas notas de atualização:¹

Sulla funzione promozionale del diritto [Sobre a função promocional do direito], in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, XXIII, 1969, p.1.312-29 (este artigo foi publicado também em língua inglesa, sob o título “The promotion of action in the modern State”, na miscelânea *Law, Reason and Justice. Essays in Legal Philosophy*, edited by Graham Hughes, New York University Press, New York, 1969, p.189-206) [reimpresso posteriormente in AA.VV., *La teoria funzionale del diritto e conflitto sociale*, Milão, Unicopli, 1979, p.135-53; publicado também em espanhol, com o título “La función promocional del derecho”, in Alfonso Ruiz Miguel (org.), *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, p.367-81; e para o servo-croata, com o título “Promocionalna funkcija prava”, in

¹ A este elenco, entre colchetes, foram acrescentadas, pelos revisores, indicações das reimpressões e traduções realizadas posteriormente à edição de 1976 de *Dalla struttura alla funzione*, publicada em língua italiana em 1977 e 1984. Também foram incluídas referências à existência de traduções para a língua portuguesa das obras citadas pelo autor em notas de rodapé. (N.R.)

Naše teme, XXXII, n.7-8, 1988, p.1.905-17, e in Nikola Visković, *Eseji iz teorije prava*, Split, Logos, 1988, p.93-103].

Sulle sanzioni positive [*Sobre as sanções positivas*], in *Studi dedicati ad Antonio Raselli*, Giuffrè, Milão, 1971, vol. I, p.229-49 (deste artigo, foram reproduzidas, no presente volume, apenas as páginas novas relativas ao artigo precedente) [traduzido e publicado posteriormente em espanhol com o título "Las sanciones positivas", in Alfonso Ruiz Miguel (org.), *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, p.383-90].

Il diritto [O direito], in *Le scienze umane in Italia, oggi*, Il Mulino, Bolonha, 1971, p.259-77 (republicado nesta coletânea sob o título *Diritto e scienze sociali* [*Direito e ciências sociais*]) [traduzido e publicado posteriormente em espanhol com o título "Derecho y ciencias sociales", in Alfonso Ruiz Miguel (org.), *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, p.225-38].

Verso una teoria funzionalistica del diritto [*Em direção a uma teoria funcionalista do direito*], escrito originalmente para os estudos em memória do filósofo do direito argentino Ambrosio Gioja (ainda inédito) [publicado em língua espanhola com o título "Hacia una teoría funcional del derecho", in AA.VV., *Derecho, filosofía y lenguaje: homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, p.9-30].

Intorno all'analisi funzionale del diritto [*Em torno da análise funcional do direito*], in "Sociologia del diritto", II, 1975, p.1-25 (aqui reimpresso sob o título *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi* [*A análise funcional do direito: tendências e problemas*]) [traduzido e publicado posteriormente em espanhol com o título "El análisis funcional del

derecho: tendencias y problemas”, in Alfonso Ruiz Miguel (org.), *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, p.263-87; e para o servo-croata, com o título “O funkcionalnoj analizi prava”, in Nikola Visković, *Zbornik za teoriju prava II*, 1982, p.193-216, e posteriormente in Nikola Visković, *Eseji teorije prava*, Split, Logos, 1988, p.75-92].

Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto [Do uso das grandes na teoria do direito], in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XLVII, 1970, p.187-204; (também em *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, Giappichelli, Turim, 1971, vol. IV, p.615-35).

La grande dicotomia [A grande dicotomia], in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Pádua, 1974, p.2.187-200.

Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano [Teoria e ideologia na doutrina de Santi Romano], escrito originalmente para o Congresso *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, promovido pela ISAP, em 25 e 26 de outubro de 1975, publicado in “Amministrare. Rassegna internazionale di pubblica amministrazione”, I, 1975, p.447-66; e, em seguida, em uma nova versão, que é aqui incluída, destinada aos estudos em homenagem ao filósofo do direito em língua espanhola Luís Recaséns Siches (ainda inédito) [reimpresso in Paolo Biscaretti di Ruffia (org.), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milão, Giuffrè, 1977, p.25-43; traduzido e publicado posteriormente em espanhol com o título “Teoría e ideología en la doctrina de Santi Romano”, in Alfonso Ruiz Miguel (org.), *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, p.155-70].

Hans Kelsen, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, L, 1973, p.426-49 (aqui publicado sob o título *Struttura e funzione*

nella teoria del diritto di Kelsen [*Estrutura e função na teoria do direito de Kelsen*]) (posteriormente republicado in Norberto Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p.65-87; traduzido e publicado também em espanhol, com o título "Estructura y función en la teoría del derecho de Kelsen", in Alfonso Ruiz Miguel (org.), *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, p.241-61; e para o servo-croata, com o título "Struktura i funkcija u Kelsenovoj prava", in Dometi, XXI, n.1-3, 1988, p.61-73, e, posteriormente, com o título "Struktura i funkcija u Kelsenovoj teoriji prava" in Nikola Visković, *Eseji teorije prava*, Split, Logos, 1988, p.105-21].

L'itinerario di Tullio Ascarelli [*O itinerário de Tullio Ascarelli*], in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, Milão, 1969, vol. I, p.LXXXIX-CXL; e antes, ainda que apenas parcialmente, publicado sob o título *Tullio Ascarelli*, in "Belfagor", XIX, 1964, p.411-34; p.546-65.

PREFÁCIO À EDIÇÃO BRASILEIRA

Mario G. Losano¹

O pensamento de Norberto Bobbio,
do positivismo jurídico à função do direito²

1. Bobbio e o positivismo jurídico de Hans Kelsen.

Para compreender como o livro *Dalla struttura alla funzione*, ora apresentado com satisfação ao leitor brasileiro, encontra inserimento na vasta obra de Norberto Bobbio (1909-2004), é necessário seguir a evolução do seu pensamento sobre os temas da filosofia do direito e, em particular, sua relação crítica com o positivismo jurídico, até alcançar a função promocional do direito, objeto deste volume.

O interesse de Bobbio pelo positivismo jurídico inicia-se em 1949³, continua nos anos Sessenta e Setenta e se encerra nos anos

¹ Mario G. Losano é Professor Catedrático de Filosofia do Direito e de Informática Jurídica na Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro", Alessandria, Itália; Doutor honoris causa pela Universidade de Hannover, Alemanha; Prémio Alexander-von-Humboldt, Bonn, Alemanha.

² A tradução deste prefácio foi realizada por Marcela Varejão, Professora Adjunta da Universidade Federal da Paraíba e da Universidade Federal de Pernambuco; Doutora pela Facoltà di Giurisprudenza e Pós-doutora pela Facoltà di Scienze Politiche, ambas da Università degli Studi di Milano, Itália.

³ Escreve Bobbio: "Se eu tivesse que fixar uma data na qual fazer iniciar as obras da maturidade escolheria o ano de 1949, no qual publiquei na Itália uma análise e um comentário à *Teoria generale del diritto* de Francesco Carnelutti" (naquele artigo, Bobbio defendeu o positivismo kelseniano, como será visto a seguir): Norberto Bobbio, *Prólogo a la edición española*, em *Contribución a la teoría del derecho*. Edição a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980, p.10. Uma precisa reconstrução do pensamento teórico-jurídico de Bobbio está contida na apresentação àquele volume: Alfonso Ruiz Miguel, *Bobbio y el positivismo jurídico italiano*, p.15-58 e, sobretudo, no livro que faz de Alfonso Ruiz Miguel o "bobbíologo" em título, não apenas na Espanha: *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, 509p.

Oitenta; todavia, condensa-se numa estação da sua vida entre os anos Cinquenta e os anos Setenta (cf. *infra*, item 5). Foi antecedido e seguido por numerosos outros interesses teórico-jurídicos, filosóficos, metodológicos e históricos, aos quais não será possível nem mesmo aludir nas próximas páginas. Baste aqui recordar que, em Bobbio, os primórdios do interesse pelo positivismo jurídico se entrelaçaram com um forte interesse metodológico de matriz neopositivista e com sua aproximação em relação à filosofia analítica, da qual nasceria uma vigorosa Escola.⁴ Estes aspectos importantes do pensamento de Bobbio necessariamente deixarão de ser examinados nas páginas seguintes, que, ao invés, estarão concentradas exclusivamente nas suas relações com o positivismo jurídico, até sua chegada à análise da função do direito.

Falar sobre o positivismo jurídico no século XX significa inevitavelmente falar sobre Hans Kelsen. Sua teoria pura do direito “é o meridiano de Greenwich da ciência jurídica do século passado: todas as teorias jurídicas terminam mensuradas em função da distância ou da proximidade de tais teorias em respeito à teoria pura do direito, por ele enunciada nas primeiras décadas do século e depois incessantemente refinada até os últimos anos de sua vida”.⁵ Em particular, Bobbio chegou ao positivismo jurídico através de Kelsen e, como será

⁴ Norberto Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, em *Saggi di critica delle scienze*, Silva, Torino, 1950, p.23-66. Daqui partiram os estudos de Giacomo Gavazzi e, sobretudo, de Uberto Scarpelli (1924-1993), que do assunto se aproximara num seu breve escrito de 1948 (*Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, “*Rivista di diritto commerciale*”, 1948, p.212-6). Daqui nasce uma Escola Analítica do Direito, reconstruída em profundidade por Maria Angeles Barrère Unzueta, *La Escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Tecnos, Madrid, 1990, 274p. Com razão, a autora refere-se à “Escola de filosofia analítico-jurídica” como uma “Escola juridicamente heterogênea”, no sentido de que nem toda a “Escola de Bobbio” seguiu o caminho analítico e nem todos os seguidores da filosofia analítica do direito são adscritíveis à “Escola de Bobbio”. O próprio Bobbio, mais tarde, especifica: “Nunca me considere um neopositivista e muito menos um filósofo analítico no sentido estrito do termo” (*Prólogo a la edición española*, cit., p.11). Sobre os desenvolvimentos posteriores, cf. Carla Faralli, *La filosofía del derecho contemporánea*, Laterza, Roma – Bari, 2005, p.3-15; Vittorio Villa, *Storia della filosofía del diritto analítica*, Il Mulino, Bologna, 2003, 182p.; Luigi Ferrajoli, *La cultura jurídica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma – Bari, 1999, p.83-113.

⁵ Mario G. Losano, *Hans Kelsen: una biografía cultural mínima*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas”, Madrid, XIV, 2005, p.113-27.

visto, foi além de Kelsen: mas Kelsen permaneceu para ele um ponto de referência também na fase pós-positivista.

O pensamento de Kelsen era conhecido na Itália desde os anos Vinte, quando uma revista ligada ao movimento fascista publicara alguns ensaios seus, fazendo-os acompanhar, porém, de uma nota que deles realçava a importância científica mas que, ao mesmo tempo, se afastava de seu posicionamento ideológico, favorável à “deplorada” democracia.⁶ Na intenção de se distanciar desta colocação que induzia a erro, em 1933 Kelsen insistiu com Giorgio Del Vecchio para que o ensaio-síntese de sua teoria pura do direito fosse publicado na Itália na “*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*”. Em 1933, com efeito, Kelsen se preparava para o seu segundo exílio, enviando aos colegas estrangeiros uma magistral síntese de sua teoria jurídica, na esperança de que ela contribuísse para abrir-lhe as portas de uma universidade na qual encontrasse acolhida. O manuscrito de Kelsen chegou assim às mãos de Del Vecchio, que confiou sua tradução a Renato Treves, porque este último, turinês e aluno, como Bobbio, de Gioele Solari, encontrara pessoalmente Kelsen na Alemanha para preparar seu próprio livro sobre a filosofia neokantiana.⁷ Este manuscrito constituiu a primeira edição da obra fundamental de Kelsen, e sua respectiva tradução tornou-se em 1934 a primeira edição italiana da *teoria pura do direito*. Eis, assim, que a Bíblia do positivismo jurídico mais rigoroso entrava na Itália em estreito contato com a Escola de Turim.⁸

⁶ Sobre este primeiro contato de Kelsen com a Itália, cf. Mario G. Losano, *Reine Rechtslehre in Italien*, em *Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtslehre in verschiedenen Ländern*, Manz. Wien, 1978, p.151-79; retomado em *La fortuna de Hans Kelsen in Italia*, “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 1979, n.9, p.465-500, está em Mario G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano, 1981, p.179-212.

⁷ Este contato entre Kelsen e Treves, mediado por Del Vecchio, está ilustrado detalhadamente em Mario G. Losano, *Renato Treves, sociologo fra il Vecchio e il Nuovo Mondo. Con il regesto di un archivio ignoto e la bibliografia di Renato Treves*, Unicopli, Milano, 1998, VIII-210p.

⁸ Como foi visto na nota 4, o grupo dos estudiosos que sob várias formas têm Bobbio como referência é indicado com nomes diversos: com o nome de “Scuola di Torino” é designado aquele grupo na sua aceção mais extensa. Sobre as origens da “Scuola di Torino” publiquei *Un secolo di filosofia del diritto a Torino: 1872-1972*, “Teoria politica”, XXV, 1999, n.2-3, p.471-517; também: *Un siglo de filosofía del derecho en Turin: 1872-1972*, “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, Buenos Aires, 1999, n.19, p.197-255 e, com o mesmo título, em “Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas”, Madrid, V, julio-diciembre 2000, n.9, p.411-58.

“A partir de Treves pode-se fazer começar a sorte de Kelsen na Itália”, escreverá Bobbio no prefácio à coleção dos próprios ensaios kelsenianos.⁹ Para tal sorte Bobbio em muito contribuiu, mas apenas a partir de 1954: seus estudos jusfilosóficos anteriores enfrentavam, na verdade, temas estranhos ao positivismo kelseniano (como a analogia) ou assumiam posicionamentos antipositivistas (como na análise do costume).¹⁰

O próprio Bobbio, como foi dito, indica 1949 como a data de sua “conversão” a Kelsen, data na qual assumiu a defesa do positivismo kelseniano contra as críticas (na verdade, um pouco fútuas) de Carnelutti.¹¹ O encontro intelectual com Kelsen coincidiu com a necessidade de renovação que permeou a Itália após o final da guerra e com a insatisfação de Bobbio a propósito da filosofia puramente especulativa, à qual contrapunha a filosofia positiva de Carlo Cattaneo.¹² Iniciava-se deste modo o período – destinado a durar cerca de trinta anos – no qual Bobbio se aproximou criticamente do positivismo jurídico de Kelsen e contribuiu de modo decisivo para difundir a teoria pura do direito na Itália.

Em 1992, quando àquela altura o seu período kelseniano há muito se concluíra, Bobbio reuniu num volume os ensaios sobre Kelsen que haviam sido publicados entre 1954 e 1986. Efetivamente, os ensaios de Bobbio que analisam a teoria pura do direito apresen-

⁹ Norberto Bobbio, *Diritto e potere*. Saggi su Kelsen, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, p.5

¹⁰ Uma acurada e monumental bibliografia dos escritos de Bobbio foi organizada por Carlo Violi: *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio, 1934-1993*, Laterza, Roma – Bari, 1995, XLII-489p.; além disso, no site <www.erasmo.it/bobbio>, organizado pelo “Centro Studi Piero Gobetti” de Turim, pode-se aceder à *Biblioteca professionale di Bobbio*, à sua bibliografia e também a muitos escritos digitalizados de Bobbio.

¹¹ Em 1946 fora publicada a segunda edição de Francesco Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del “Foro Italiano”, Roma, 1946, VII-388p.; Bobbio tomou a defesa de Kelsen no âmbito de uma análise geral desta obra: *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto*, “Giurisprudenza Italiana”, 1949, col. 113-27. Este último ensaio foi reimpresso, não na série de ensaios sobre Kelsen, mas, com maior oportunidade, em Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, p.1-26.

¹² “Falo de ‘conversão’ porque somente assim explico, por um lado, o esquecimento no qual deixei mergulhar meus escritos jurídicos anteriores e, por outro, a confissão feita muitas vezes, segundo a qual à ruptura violenta com o passado ocorrida na história do nosso país entre 1934 e 1946 correspondeu uma fratura no decorrer da minha vida privada e pública, intelectual e moral. *Incepit vita nova*”: Bobbio, *Diritto e potere*, cit., p.7.

tam uma peculiar cronologia. Aquele volume começa, pois, com o ensaio de 1954, no qual Bobbio estuda os críticos de Kelsen (excluindo, assim, a já recordada crítica a Carnelutti, de 1949), ensaio ao qual se seguem, porém, mais de dez anos de silêncio sobre os temas kelsenianos. Em 1967, um ensaio sobre ser e dever ser assinala o início da revisão crítica da teoria pura do direito, ao qual se segue, em 1971, um ensaio sobre as fontes do direito em Kelsen.

Todavia, em 1981-82, se sucedem logo três ensaios sobre o problema do "poder" na concepção kelseniana. O poder é o tema com o qual o Bobbio filósofo da política retorna ao Bobbio filósofo do direito¹³ e, na teoria kelseniana, é um ponto crucial na separação entre o mundo da realidade e o mundo da normatividade, entre o ser e o dever ser. Não por acaso, pois, a relação entre direito e poder dá o título não apenas à parte central, mas até mesmo ao inteiro volume, depois dedicado por Bobbio a Kelsen. Mas exatamente o tema do poder demonstra como os interesses jurídicos e os interesses políticos tenham sempre estado presentes no pensamento de Bobbio: já em 1966, lecionara um curso sobre o poder do ponto de vista politológico, no âmbito da graduação em Ciências Políticas (que, originariamente, não era uma Faculdade autônoma, mas sim parte da Faculdade de Direito).¹⁴ Os últimos ensaios incluídos no volume de 1992, enfim, confrontam o pensamento de Kelsen com o pensamento do sociólogo Max Weber e com a teoria da argumentação de Chaïm Perelman. O volume de 1992 não é, pois, unitário – nem poderia sê-lo uma coleção

¹³ "A teoria jurídica e a teoria política se integram e se completam reciprocamente, a primeira concentrando-se no conceito de 'norma' e a segunda, no conceito de 'poder'" (Bobbio, *Prólogo*, em: Andrea Greppi, *Teoria e ideologia en el pensamiento político de Bobbio*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p.10). "O amplo e documentadíssimo estudo" de Greppi (assim o define o próprio Bobbio) analisa repetidas vezes "o nexo entre teoria política e teoria jurídica", tema que aqui não é possível desenvolver. Em particular, assinala as páginas sobre os *Elementos del neo-positivismo y de la filosofía analítica durante los años Cinquenta*, p.93-101.

¹⁴ *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica. Lezioni del Prof. Norberto Bobbio raccolte da Iliana Secchieri*, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Torino, 1966, 91p. Bobbio distingue aqui entre a ciência da política e a filosofia política e, entre os numerosos autores citados, não está mencionado Kelsen, mas, sim, Carl Schmitt (p.75), em anos nos quais este último havia sido banido dos estudos sociais e jurídicos. Este fascículo de "apontamentos" é menos elaborado do que os outros materiais de cursos de Bobbio: talvez por isso não tenha sido republicado em seguida.

de ensaios distribuídos num arco de mais de trinta anos, de 1954 a 1986 – mas exatamente por isso permite acompanhar a evolução do pensamento de Bobbio sobre o positivismo kelseniano.

O positivismo kelseniano, entretanto, inspirou em Bobbio também uma obra unitária, que conheceu, por sua vez, um curioso percurso editorial. Nos anos Cinquenta, Bobbio lecionara dois cursos (“várias vezes por mim repetidos”) sobre a teoria da norma¹⁵ e sobre a teoria do ordenamento¹⁶, “os quais, justamente, foram definidos como de clara inspiração kelseniana”.¹⁷ Em Bobbio, o fruto mais conspícuo do período kelseniano foi a visão do direito, não como norma, mas como ordenamento de normas, visão por ele exposta no decorrer dos anos acadêmicos de 1957-58 e de 1959-60. Neles, a teoria da norma estava resolvida na teoria do ordenamento, seguindo a concepção kelseniana: ou melhor, diz Bobbio, “talvez caminhando para além do próprio Kelsen”.¹⁸

Os materiais mimeografados de ambos os cursos – um sobre a teoria da norma; o outro, sobre a teoria do ordenamento – conheceram várias edições e foram adotados como texto por muitos docentes, um dos quais foi o professor Eduardo Roza Acuña, que eu conhecera nas minhas passagens pela Colômbia. Ele traduzira os dois materiais para seus estudantes; e foi assim que, um dia, não sem recíproca surpresa, Bobbio me disse que lhe havia sido solicitada a publicação de uma sua *Teoría general del derecho* em Bogotá: um livro que não existia em italiano, mas que, com um prefácio de Bobbio, foi publicado em 1987 na Colômbia¹⁹ e, em 1991, em Madri.²⁰

¹⁵ Norberto Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, 245p.; materiais mimeografados, sem data no frontispício; o *colophon* indica: “impresso em 25 de junho de 1958”.

¹⁶ Norberto Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, 218p.; materiais mimeografados, sem data no frontispício; o *colophon* indica: “impresso em 16 de setembro de 1960”.

¹⁷ Bobbio, *Diritto e potere*, cit., p.8.

¹⁸ Bobbio, *Diritto e potere*, cit., p.9.

¹⁹ Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1987, XIV-269p.; a indicação de Eduardo Roza Acuña como tradutor se encontra no verso do frontispício.

²⁰ Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1991, 278p.

A unidade do volume como um todo, e até mesmo a do título da futura obra unitária, havia sido enunciada pelo próprio Bobbio na abertura do curso sobre o ordenamento jurídico;²¹ porém, de tal declaração ele não havia extraído, pois, nenhuma consequência editorial. Ao contrário, o sucesso das edições em castelhano fez com que Bobbio finalmente vencesse suas hesitações – os dois materiais “pela primeira vez num único volume [me induzem] a considerá-los um novo livro”²² – e publicasse em 1993 também a edição italiana dos cursos que lecionara mais de trinta anos antes.²³ Mas, obviamente, naqueles trinta anos o seu pensamento evoluíra também com relação à teoria pura do direito.

Essa referência à América do Sul induz a uma digressão. Os escritos de Bobbio conheceram uma grande difusão neste continente, no qual a vida universitária em geral, e a dos filósofos do direito em particular, não é fácil. O chileno Agustín Squella Narducci, referindo-se ao livro pouco antes mencionado, o de María Ángeles Barrère Unzueta sobre a Escola de Bobbio, afirma que “no âmbito sul-americano não se encontra nada comparável à Escola de Bobbio existente na Itália, ainda que nessa área seja possível reconhecer um bom número de discípulos e seguidores do Mestre. Entendo por discípulos quem aprendeu com ele, pela metodologia e pela orientação geral do seu pensamento, procurando, ademais, aprofundá-las e desenvolvê-las, enquanto nos seguidores incluo aqueles que – sobretudo na própria tarefa como docentes – fazem referência apenas às idéias e aos textos do autor, ainda que sem atingir com

²¹ “Este curso está diretamente ligado ao curso de 1958, intitulado *Teoría della norma giuridica*, e dele constitui a continuação. Um e outro, juntos, formam uma completa *Teoría do direito*, principalmente sob o aspecto formal. No primeiro curso estudamos a *norma jurídica*, isoladamente considerada; neste novo curso estudaremos aquele conjunto, complexo ou sistema de normas que constituem um *ordenamento jurídico*” (Bobbio, *Teoría dell'ordinamento giuridico*, cit., p.3).

²² Norberto Bobbio, *Prólogo a la edición castellana*, em Bobbio, *Teoría general del derecho*, cit., p.VII. Neste *Prólogo* devem ser assinalados alguns erros de impressão: o artigo de Bobbio *The Promotion of Action in the Modern State* foi publicado em 1969 (e não em 1960: p.IX); na nota do organizador Eduardo Rozo Acuña o escrito incluído no volume por Ambrosio L. Gioja (e não “Giogia”) foi citado como: *Hacia una teoría fundamental del derecho* (p.IX, nota), enquanto é na verdade *Hacia una teoría funcional del derecho*; sobre este último artigo, cf. *infra*, nota 51.

²³ Norberto Bobbio, *Teoría generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, 297p.

relação a eles um grau de identificação e de compenetração intelectual e emotiva tão elevado e intenso quanto aquele que se vê nos seus discípulos. [...] Discípulos e seguidores, pois: eis aqueles que cultivam o estudo de Bobbio, na minha opinião, na Ibero-América. Trata-se de um número conspícuo, porque a quantidade de ambos deve ser apreciada não em termos absolutos, mas sim com relação ao número bem mais exíguo de pessoas que, nos nossos países, dedicam-se verdadeira e seriamente aos problemas da filosofia do direito e da política”.²⁴

Na Espanha, a influência de Bobbio foi vivíssima em duas figuras centrais da resistência ao franquismo e do renascimento democrático, Elías Díaz e Gregorio Peces-Barba, que escreve sobre ele da seguinte forma: “Tanto na filosofia do direito, quanto na filosofia política, e em todos os inumeráveis temas dos quais tratou e que eu queria conhecer mais profundamente, ele exerceu sobre mim uma importante influência, e colaborei direta ou indiretamente para a publicação das suas obras em espanhol”.²⁵ Também indiretamente: de fato, Elías Díaz e Gregorio Peces-Barba são mentores de uma numerosa estirpe de jovens filósofos do direito, ora esparsos por toda a Espanha, que foram por eles endereçados para o estudo de Bobbio. Quase todos os estudos sobre Bobbio citados nas páginas seguintes desse prefácio apresentam esta origem comum. E um dos doutorados *honoris causa* de Bobbio foi concedido em 1994 pela Università Carlos III de Madrid, da qual era (e ainda é) reitor Gregorio Peces-Barba.²⁶

²⁴ Agustín Squella Narducci, *Presencia de Bobbio en Iberoamérica*, Edeval, Valparaíso, 1993, p.20. Agustín Squella foi também o organizador do volume *Norberto Bobbio. Estudios en su homenaje*, Edeval, Valparaíso, 1987, 437p., ampla série de contribuições sul-americanas e europeias.

²⁵ Gregorio Peces-Barba, *La democracia en España. Experiencias y reflexiones*, Temas de Hoy, Madrid, 1996, p.93.

²⁶ Para compreender a influência de Bobbio nessas duas figuras centrais da filosofia jurídica e política espanhola, basta analisar as obras de ambos, nas quais Bobbio está copiosamente presente. Sobre ambas as figuras, remeto às minhas duas notas: uma, *Elías Díaz: i vecchi maestri e la nuova Spagna*, “Sociologia del diritto”, XXI, 1995, n.3, p. 197-206; a outra, sobre Gregorio Peces-Barba, que na Espanha criou uma vasta e radicada escola que se dedica ao estudo dos direitos fundamentais, *Una doppia militanza nella Spagna della transizione alla democrazia*, “Teoria politica”, XII, 1997, n.2, p.81-95.

Na América do Sul, o sucesso das obras de Bobbio teve lugar tanto na filosofia do direito quanto na filosofia política. Na reconstrução da difusão brasileira de Bobbio, o filósofo do direito Celso Lafer sublinha que Bobbio foi apresentado ao Brasil por Miguel Reale (1910-2006 e, portanto coetâneo de Bobbio), saudoso patriarca dos filósofos do direito sul-americanos e jurista prático de primeira grandeza, como demonstra sua contribuição decisiva dada ao novo código civil brasileiro de 2002. Segundo Lafer, "o interesse dos juristas, no nosso país, pelos seus [de Bobbio] trabalhos deriva da sua visão da filosofia do direito, concebida *sub specie iuris*. Precisamente, porque a sua filosofia do direito é a de um jurista que parou para analisar os problemas concretos colocados pela experiência jurídica, as suas respostas precisas e rigorosas são relevantes e se tornaram um indispensável ponto de referência para o mundo jurídico brasileiro".

Como prova desta influência de Bobbio na prática do direito, Celso Lafer cita um *leading case* que, em setembro de 2003, suscitou polêmicas no Brasil (e para cuja solução o próprio Celso Lafer contribuiu com um parecer decisivo): "Uma dimensão comprobatória da autoridade do magistério jurídico de Bobbio pode ser atestada no processo que levou o Supremo Tribunal Federal a decidir o *habeas corpus* 82424-2. Esse julgamento foi um *leading case* de direitos humanos no Brasil. Confirmou em setembro de 2003 pela maioria de oito votos dos onze ministros do Supremo, a condenação pelo crime da prática do racismo de Sigfried Ellwanger, um editor de Porto Alegre de explícita orientação nazista que se dedicava de maneira sistemática e reiterada a promover o ódio racial, seja por meio de publicações notoriamente anti-semitas, seja por um livro de sua autoria, denegando o Holocausto. Neste julgamento, que se estendeu de dezembro de 2002 a setembro de 2003, Bobbio foi amplamente citado pelos juízes do Supremo [...], que se valeram, nos respectivos votos, de suas lições em *L'età dei diritti*, cuja primeira edição brasileira é de 1992 [...], e das suas reflexões sobre a natureza

do preconceito e racismo hoje, recolhidos em *Elogio della mitezza* (1994), cuja edição brasileira é de 2002”.²⁷ Creio que este seja o exemplo mais convincente de como a “filosofia do direito dos juristas” praticada por Bobbio possa ajudar os juristas positivos na solução de casos particularmente controvertidos.

Sobre Bobbio, foi dito que procede por problemas e não por sistemas, por análise e não por síntese. Ele mesmo recorda como o cansaço com relação aos grandes sistemas filosóficos, típicos do pós-guerra, induziu-o a concentrar-se em problemas específicos, dissecando-os com o rigor conceitual recebido do neopositivismo e com a atenção às palavras nele derivada da filosofia analítica. Por isso, o compromisso editorial de escrever um manual de filosofia do direito, pensado para ele por Adolfo Ravá, seu antecessor em Pádua, foi advertido por Bobbio como um “pesadelo”, e nunca realizado. Isso porque o instrumento com o qual ele cultivava a filosofia do direito não era “um potente trator”: eram “as tesouras de jardineiro”.²⁸ Conseqüentemente, a dimensão ideal de Bobbio como escritor não é o livro, mas, sim, o ensaio, tanto que a maior parte dos seus livros são coleções de ensaios. Assim, para se ter uma idéia das várias fases do pensamento de Bobbio, é preciso observar não a data de publicação do livro, mas, sim, a data dos ensaios que o compõem.

Em particular, a teoria geral do direito de Bobbio, não obstante tenha sido publicada em italiano em 1993, refere-se à sua visão teórico-jurídica dos anos Cinquenta e Sessenta. Analogamente, a *summa* do seu pensamento sobre o positivismo jurídico surge em 1965²⁹ e

²⁷ Alberto Filippi – Celso Lafer, *A presença de Bobbio. América Espanhola, Brasil, Península Ibérica*, Editora Unesp, São Paulo, 2004, p.128-9. O ensaio de Filippi analisa a área linguística de influência espanhola (sobretudo Argentina, México, Venezuela e Espanha, p.15-122), enquanto Celso Lafer se concentra no Brasil (p.125-66). O inteiro volume está publicado também em castelhano. Os ensaios de Alberto Filippi, *Bobbio nella cultura de lingua spagnola*, e de Celso Lafer, *Bobbio in Brasile*, encontram-se também em versão italiana no volume de Valentina Pazé (a cura di), *L'opera di Norberto Bobbio. Itinerari di lettura*, Angeli, Milano, 2005, 176p.

²⁸ Bobbio, *Prólogo a la edición española*, em *Contribución a la teoría del derecho*. Edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, cit., p.11.

²⁹ Norberto Bobbio, *Giustizialismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, 241p. O volume reúne ensaios publicados entre 1956 e 1964.

cobre o arco de tempo que vai de 1959 a 1964. Para o nascimento desta última muito contribuiu Renato Treves (e, de fato, esse livro de Bobbio é dedicado a Treves e a Alessandro Passerin d'Entrèves), num contexto de renovação cultural sobre o qual voltarei dentro em breve. Também neste caso, a única publicação unitária está constituída pelos materiais do curso sobre o positivismo jurídico de 1961³⁰, que se apresentava como a continuação dos cursos sobre a teoria da norma e do ordenamento e que, como eles, reservava uma notável atenção ao positivismo kelseniano.

O volume de Bobbio de 1965 enfrenta os temas eternos da filosofia do direito: o que é a filosofia do direito; o que é o positivismo jurídico; o que é o jusnaturalismo. Impossível, assim, enfrentar tais problemas nas poucas páginas desse meu prefácio. Assim como a coleção de ensaios de 1992 encerra a primeira fase do Bobbio kelseniano, também a coleção de ensaios de 1965 é, em certa medida, um adeus à filosofia do direito tradicional, anunciado já na apresentação: "Hoje, as coisas, se não erro, mudaram". Quando nos anos Trinta Bobbio aproximou-se da filosofia do direito, esta matéria precisava fundamentar-se num dos grandes sistemas filosóficos: era uma filosofia do direito dos filósofos. Na metade dos anos Sessenta, em vez disso, contava "o resultado da pesquisa, e não o posicionamento": era uma filosofia do direito dos juristas. À sucessão de Escolas, porém, acrescentava-se "uma laceração íntima entre a nossa educação científica e nossas exigências morais". Por um lado, então, estava a educação positivista recebida: "Estávamos viciados em considerar que fora de alguns cânones herdados das escolas positivistas não existisse saída para o jurista que quisesse exercitar seriamente o próprio trabalho". Depois, com o final da guerra e da ditadura, "os posicionamentos

³⁰ Norberto Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte da Nello Morra. Anno accademico 1960-61*. Cooperativa Libreria Universitaria Torinese. Torino [1961]. 324p.; materiais mimeografados sem indicação de data, vez que falta também o *colophon*. Reimpresso em 1996 (Giappichelli, Torino, 1996, X-258p.); com uma *Premessa alla nuova edizione* de Francesco D'Agostino e uma *Premessa* de Norberto Bobbio, com data de "janeiro de 1979", que descreve a gênese do volume e conclui: "A presente reimpressão reproduz exatamente a primeira edição, salvo algumas leves correções formais" (p.X).

se inverteram”³¹: o positivismo foi abandonado por muitos, que encontraram no direito natural – antes esquecido – o bálsamo para as angústias que aqueles anos difíceis deixavam para trás. Como exemplo deste estado de ânimo, Bobbio relembra frequentemente (não nesse seu prefácio, mas nas suas aulas que eu escutava quando estudante) o radical repensamento de Gustav Radbruch, positivista que passou ao jusnaturalismo depois da guerra.

Em tal contexto, Bobbio introduz uma distinção que também não será possível aqui desenvolver, mas que é fundamental para compreender os tantos mal-entendidos sobre os quais se fundamentaram as polêmicas por vezes ásperas do pós-guerra. O positivismo podia assumir um valor liberal quando induzia a respeitar as normas democráticas no momento no qual o poder ditatorial as colocava em perigo; mas, depois da consolidação deste poder, o positivismo assumia um valor autoritário porque impunha a aplicação das normas ditatoriais sem colocar-se interrogações éticas. Analogamente, ao jusnaturalismo conservador se podia contrapor um jusnaturalismo progressista, este último lembrado muitas vezes por Kelsen. O positivismo jurídico nos seduz como cientistas neutrais; ao invés, o jusnaturalismo nos permite afirmar nossos valores morais. “Existe portanto – conclui Bobbio – um limite entre positivismo e jusnaturalismo que corta pela metade a pessoa de cada um e com relação ao qual nos vemos na condição de positivistas ou jusnaturalistas, não segundo as épocas ou as ocasiões, mas até mesmo segundo a parte que representamos na sociedade”.³² Um exemplo de relativismo dos valores que decerto teria agradado Kelsen.

Vez que de Bobbio me separam trinta anos exatos, não pude experimentar a laceração do jurista sobre a qual ele falava. Dela tinha uma idéia livresca e vaga. Creio tê-la compreendido melhor quando me ocupei do direito alternativo na América do Sul e, em concreto, do “Movimento dos Sem Terra” no Brasil. De fato, os juízes brasileiros

³¹ Bobbio, *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*, cit., p.10 s.

³² Bobbio, *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*, cit., p.13.

devem aplicar o Estatuto da Terra emanado em 1964 pela ditadura militar e, ao mesmo tempo, a constituição democrática de 1988, que estabelece a "função social da propriedade".³³ Muitas vezes, a única solução é salvar a lei e fechar os olhos diante das dificuldades da condição humana ou, então, apelar à função criativa do juiz e ingressar na área do uso alternativo do direito.

Em conclusão, em 1965 Bobbio advertia essa progressiva mudança de paradigmas, afirmava ter sempre "feito o possível para favorecê-la" e apresentava a coleção dos seus ensaios sobre o positivismo jurídico e sobre o jusnaturalismo como "uma solicitação" para mover-se na direção de novas visões da filosofia do direito.³⁴

2 Positivismo e jusnaturalismo em Norberto Bobbio.

Depois deste breve exame da evolução do pensamento de Bobbio sobre o positivismo jurídico, é oportuna uma pausa analítica para responder (ou, melhor dizendo, para acenar a uma resposta) ao quesito: o que é o positivismo jurídico para Bobbio? A resposta está contida nos textos descritos no item anterior, ou seja, nos três cursos universitários e nos dois volumes que reúnem os escritos nos quais Bobbio se ocupou do positivismo jurídico. Resumindo, os cursos tiveram lugar em 1958, 1959 e 1960 e a eles correspondem os materiais intitulados *Teoria della norma giuridica*, *Teoria dell'ordinamento giuridico* e, enfim, *Il positivismo giuridico*³⁵: são as etapas de um

³³ Mario G. Losano, *Gesetz und Hacke: Ursprünge und Entwicklungen des alternativen Rechts in Europa und Sudamerika*, em Richard Helmholz et alii (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau*, Schöningh, Paderborn, 2000, p.1023-63; *La legge e la zappa: origini e sviluppi del diritto alternativo in Europa e in Sudamerica*, "Materiali per una storia della cultura giuridica", v.XXX, Il Mulino, Bologna, 2000, p.109-51; *La ley y la azada: orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y en Sudamérica*, "Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas", V, enero-junio 2000, n.8, p.275-324. Expus os problemas também jurídicos da reforma agrária (até o momento, nunca ocorrida) e das ocupações de terras no Brasil no volume *Latifúndios ocupados y función social de la propiedad. Los Sin Tierra de Brasil*, Dykinson, Madrid, 2006 (no prelo).

³⁴ Bobbio, *Jusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p.10.

³⁵ No Brasil, a *Teoria da Norma Jurídica* foi publicada pela Editora Edipro em 2001 e está na terceira edição (2005, 192p.). A *Teoria do Ordenamento Jurídico* foi publicada pela Editora UnB em 1989 e está na décima edição (2003, 184p.). O *Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito* foi publicado pela Editora Icone em 1995 (240p.).

itinerário que explora as várias teorias sobre aqueles temas e se conclui com a aceitação crítica do positivismo jurídico de Hans Kelsen. Os dois volumes são as coleções de ensaios intituladas *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, de 1965, e *Dalla struttura alla funzione*, de 1977: eles constituem uma reflexão sobre o positivismo jurídico, por eles enriquecidos ao levar em consideração a função do direito. A propósito de cada um destes volumes retornar-se-á em seguida; por ora, gostaria apenas de tentar explicar o que foi para Bobbio o positivismo jurídico.

a) Os três cursos, ou seja, a definição do positivismo jurídico.

Nos três cursos, Bobbio explorou “a experiência jurídica [enquanto] experiência normativa”,³⁶ o “sistema de normas que constitui o ordenamento normativo”³⁷ e, enfim, o positivismo jurídico tanto na sua evolução histórica quanto na sua problematidade teórica, chegando assim “ao coração desta corrente jurídica”, porque “a teoria do ordenamento jurídico [é] a contribuição original do positivismo jurídico à teoria geral do direito”.³⁸ A essa altura, ele dispõe do material histórico e analítico para identificar sete modos de definir o positivismo jurídico (que razões de espaço obrigam apenas a enunciar):

– do ponto de vista da *aproximação* do direito, o positivismo jurídico leva em conta o direito como fato, e não como valor; assim, o direito é válido não porque é considerado bom, mas porque é produzido de modo formalmente correto (teoria formalista do direito);

– do ponto de vista da *definição* do direito, o positivismo individua o direito através do elemento da coerção, porque uma norma sem sanção seria ineficaz (teoria da coatividade do direito);

³⁶ Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, cit., p.3.

³⁷ Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p.3.

³⁸ Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit. p.253.

- do ponto de vista das *fontes* do direito, o positivismo considera a legislação como fonte principal do direito, reduzindo ao mínimo a relevância do costume (teoria do normativismo legislativo);
- do ponto de vista da *teoria da norma jurídica*, o positivismo concebe o direito como comando, que pode ser dirigido aos consorciados ou aos juízes (teoria imperativa do direito);
- do ponto de vista da *teoria do ordenamento jurídico*, o positivismo concebe o direito como um sistema completo e coerente, isto é, sem contradições e lacunas (teoria sistemática do direito);
- do ponto de vista do *método científico-jurídico*, o positivismo limita a atividade do jurista à pura interpretação declarativa ou mecânica da norma, excluindo a função criativa do juiz, ou seja, o *judge made law* ou *Richterrecht* (teoria da interpretação não-criativa);
- do ponto de vista da *sujeição ou vínculo à lei*, o positivismo prescreve a obediência estrita, ou até mesmo absoluta, à lei (teoria da obediência incondicionada). Exatamente esta última concepção expôs o positivismo à acusação de ter favorecido a aceitação subserviente das normas emanadas pelas ditaduras.³⁹

b) A revisão crítica do positivismo jurídico.

Nos anos do pós-guerra, ao positivismo jurídico, acusado de conivência com as ditaduras, fora contraposto o jusnaturalismo. Na literatura jurídica daqueles anos, os temas mais frequentes eram sem dúvida a crise do positivismo jurídico e o renascimento do jusnaturalismo. Também em Bobbio o tema do positivismo jurídico está sempre ligado ao tema do jusnaturalismo, porém numa tensão que não se resolve a favor de nenhum dos dois, mas que permanece

³⁹ No pós-guerra, Gustav Radbruch indicara o positivismo como causa da subserviência dos juristas às ditaduras: em seguida, compreendeu-se que os comportamentos dos juristas respondiam a condicionamentos sociais anteriores à própria ditadura: cf. Mario G. Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, volume 2: *Il Novecento*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 194-201.

presente na sua consciência – como na de muitos outros juristas daqueles anos – como uma laceração: por um lado, o positivismo jurídico enquanto expressão da exigência de austeridade científica e, por outro, o jusnaturalismo enquanto exigência da liberdade moral. Do confronto entre ambos exsurtem mais claras as características de um e de outro: “contraria juxta se posita magis elucescunt” (os contrários colocados um ao lado do outro ressaltam mais).

É nas duas coleções de ensaios, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, de 1965, e *Dalla struttura alla funzione*, de 1977, que encontra expressão a mencionada crise do positivismo jurídico (que em Bobbio está, porém, acompanhada de uma crítica do jusnaturalismo *daqueles anos*) e de um crescente interesse pela função do direito na sociedade. Vez que o funcionalismo será tratado nos próximos itens, gostaria de ilustrar neste momento a laceração entre positivismo jurídico e jusnaturalismo com dois trechos extraídos de um escrito de Bobbio pouco conhecido, *Introduzione a un'opera che non ho mai scritta*,⁴⁰ que se inicia com as seguintes palavras: “O contraste entre jusnaturalismo e positivismo jurídico se apresenta ora como natural sucessão histórica de Escolas, ora como antítese entre duas concepções opostas e inconciliáveis do direito, ora como laceração íntima entre nossa educação científica e nossas exigências morais. Qualquer estudioso da minha geração, num país como a Itália, vivenciou profundamente o contraste em todos estes aspectos”.⁴¹ Os escritos de Arturo Carlo Jemolo, de Piero Calamandrei, de Guido Fassò e de Giuseppe Capograssi exprimem o desconforto com a arbitrariedade das leis ditatoriais e a tentativa

⁴⁰ Norberto Bobbio, *Introduzione a un'opera che non ho mai scritta*, em *Miscellanea per le nozze de Enrico Castelnuovo e Della Frigessi*, Einaudi, Torino, 1962, p.7-9; livro raríssimo fora do comércio, escrito pelos “einaudianos” para o casamento de dois “einaudianos”. Estas páginas de Bobbio retornam na *Introduzione* de março de 1965 a *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (p.11-3); respeito à *Introduzione*, a *Miscellanea* contém ainda um acréscimo inicial e um final, por mim citados neste item. Assim, unindo estas duas citações ao texto da *Introduzione* de 1965, o leitor pode reconstruir o texto integral publicado na raríssima *Miscellanea* de 1962.

⁴¹ Bobbio, *Introduzione a un'opera che non ho mai scritta*, cit., p.7.

de superar “a injustiça legal” recorrendo a um “direito supralegal”,⁴² ou seja, ao jusnaturalismo.

A posição de Bobbio não está ligada a uma escolha de campo, mas a uma convicção de que qualquer escolha de campo é condicionada pelo momento histórico no qual o indivíduo está vivendo: “Exatamente por ter vivido em profundidade os motivos do contraste entre positivismo jurídico e jusnaturalismo, nunca acreditei poder perfilar-me decididamente nem de uma parte, nem de outra. Se demonstrei simpatias jusnaturalistas, tal foi feito nos tempos do positivismo triunfante; assim como mostrei simpatias positivistas (desde a defesa de Kelsen até a pesquisa por argumentos contrários ao direito natural) nestes últimos anos de renovado jusnaturalismo. Mais do que perfilar-me de uma parte ou de outra, preferi, *nas páginas que seguem*, esclarecer a complexidade dos termos em contraste, a impossibilidade de reduzir o problema de suas relações a uma única alternativa e, definitivamente, mostrar as razões pelas quais o fato de perfilar-se de uma parte ou de outra é muitas vezes fruto mais de uma escolha irracional do que de uma meditada reflexão”.⁴³

“Nas páginas que seguem”: Bobbio pensava então no “livro que nunca escrevi” e que, portanto, não se seguiria àquele seu prefácio. Na realidade, ainda que em forma de coleção de ensaios, aquele livro foi publicado poucos anos depois, em 1965, num contexto que permitiu a Bobbio retomar aqueles mesmos temas e usar como premissa ao volume também a parte central daquele extemporâneo e solitário prefácio.

3. A revisão do positivismo jurídico.

Os cursos sobre a norma e sobre o ordenamento assinalam, escreve Bobbio, “a conclusão do período de estudos por mim dedi-

⁴² Gustav Radbruch publicara o artigo *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* na “Süddeutsche Juristenzeitung” de 1946; o ensaio foi depois retomado na sua *Rechtsphilosophie*, organizada por Erik Wolf: Koehler, Stuttgart, 1956, p.347-57.

⁴³ Bobbio, *Introduzione a un'opera che non ho mai scritta*, cit., p.9.

cado predominantemente à teoria do direito”, durante o qual assu-mira “com imprudente coragem a defesa de Kelsen”.⁴⁴ Este período intensamente kelseniano vai, então, mais ou menos, do pós-guerra até o “famigerado ‘68”, a partir do qual os interesses culturais de Bobbio se deslocam da filosofia jurídica para a filosofia política e se concretizam também com a sua passagem em 1972 à Faculdade de Ciências Políticas.⁴⁵

Até 1967, Bobbio aceitara a concepção kelseniana que distin-guia o direito, por um lado, da ciência do direito, por outro. De tal distinção descende o caráter prescritivo das normas jurídicas e o caráter descritivo das proposições com as quais a ciência jurídica enuncia as normas. Inovando a sua própria terminologia originária, Kelsen falava de “norma jurídica” (*Rechtsnorm*) no primeiro caso e de “proposição jurídica” (*Rechtssatz*) no segundo, e se manteve sempre fiel a tal distinção conceitual e terminológica. Bobbio, ao invés, em 1967, destacou-se deste modelo, afirmando que também a ciência jurídica de Kelsen possuía um caráter prescritivo, vez que dizia ao jurista *como* fazer ciência jurídica: ou seja, prescrevia-lhes descrever.⁴⁶ De fato, o modelo descritivo kelseniano contém também as regras para construir o próprio modelo, e isto explica a presença de uma linguagem ora descritiva, ora prescritiva na teoria pura do direito.⁴⁷ Tratava-se, em suma, de indicar onde corria o confim entre

⁴⁴ Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., p.VII.

⁴⁵ Sobre os escritos políticos de Bobbio, v. nota 26; entre eles, aqui é oportuno recordar ao menos um, porque trata de Kelsen e do seu único aluno italiano, e foi traduzido em português: Mario G. Losano (organizador) – Hans Kelsen – Umberto Campagnolo, *Direito internacional e Estado soberano*. Com um texto inédito de Hans Kelsen e um ensaio de Norberto Bobbio. Tradução de Marcela Varejão, Martins Fontes, São Paulo, 2002, XV-209p.

⁴⁶ Bobbio, *Giustnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 241p.

⁴⁷ Naquele mesmo período, eu acabara de publicar a tradução italiana da segunda edição da *Dottrina pura del diritto* e em 1968, em Paris, sob a influência de Bobbio, falei várias vezes sobre tal problema com o lógico Georges Kalinowski, que analisara criticamente a comunicação de Bobbio no congresso de Gardone (como Bobbio recorda em *Diritto e potere*, cit., p.41, nota). Somente dez anos depois publiquei os resultados finais daqueles encontros, que o Maio parisiense interrompera bruscamente: Mario G. Losano, *Sulla presenza di un linguaggio ora descrittivo ora prescrittivo nella dottrina pura del diritto*. “Materiali per una storia della cultura giuridica. Momenti e figure della teoria generale del diritto”, 1978, VIII, 1, p.211-9, retomado depois em *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano, 1981, p.117-51.

realidade e normatividade, entre mundo do ser e mundo do dever ser, entre os quais – afirmava Kelsen – não devia existir nenhuma relação.

Naqueles anos, o tema neokantiano das relações entre ser e dever ser estava no centro do debate filosófico-jurídico, tanto que a ele foi dedicado o congresso da “Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie” (IVR), de setembro de 1967, em Gardone Riviera, no qual Bobbio apresentou uma comunicação sobre ser e dever ser em Kelsen. Em março de 1967, “nós, turineses” havíamos-nos preparado para aquele congresso organizando um encontro sobre o mesmo tema.⁴⁸ O congresso em Gardone foi também a ocasião de memoráveis encontros pessoais, destinados a durar decênios e a fazer circular o pensamento de Bobbio: eu conheci Miguel Reale; Elías Díaz encontrou Bobbio pela primeira vez.⁴⁹ Todavia, independentemente destas ocasiões de encontro e de confronto, o positivismo kelseniano há muito já estava no centro dos estudos individuais de muitos de nós e assinalara tanto o início das nossas carreiras acadêmicas, quanto as nossas primeiras construções teóricas.

De fato, os anos Sessenta foram para Bobbio os anos do aprofundamento da teoria pura do direito e, em especial, da natureza sistemática desta teoria. Nesta análise, foram envolvidos também os alunos mais próximos, cujos trabalhos podem ser vistos como aprofundamentos de aspectos individuais das sete acepções do positivismo jurídico elencadas anteriormente: é suficiente citar o volume de Amedeo G. Conte sobre a completude dos ordenamentos jurídicos (1962), o estudo de Giorgio Lazzaro sobre a interpretação

⁴⁸ No encontro turinês, do qual participavam os então jovens filósofos do direito, eu apresentei a comunicação *Per un'analisi del "Sollen" in Hans Kelsen*, publicada depois, com outras contribuições, na “*Rivista internazionale di filosofia del diritto*”, XLIV, 1967, n.3, p.546-68.

⁴⁹ “A ele fui apresentado com grande efusão e afeto por Renato Treves, o grande amigo e mestre, sempre tão próximo e preocupado com as pessoas que chegavam da Espanha, daquela Espanha que aprendera a conhecer e amar estreitando amizade com os exilados republicanos na América Latina, quando ele mesmo ali estivera, exilado do fascismo italiano” (Elías Díaz, *Norberto Bobbio: una filosofía política para la izquierda*, em Díaz, *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza, Madrid, 1994, p.128).

sistemática (1965) e o meu volume sobre a noção de sistema e estrutura no direito, das origens à Escola histórica do direito (1968). Em resumo, para usar as palavras do próprio Bobbio, os anos Sessenta são aqueles dedicados “ao aprofundamento da análise estrutural, de cujo ventre fecundo nasceu até mesmo uma disciplina nova e fascinante, a lógica deôntica”.⁵⁰ A esta última, acrescentarei também a informática jurídica, à qual cheguei passando da lógica formal (cuja abstração me parecia inconciliável com a função prática do direito) à lógica da programação, que então dava os primeiros passos. Naqueles anos, porém, a “cibernética” era ainda uma disciplina oscilante entre as aplicações práticas da informática e as construções teóricas da cibernética social. Esta última se adaptava bem à teoria funcional do direito: Bobbio considerava “correto definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de *direção* social”,⁵¹ remetendo, a propósito da “ciência da direção social” (que

⁵⁰ Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Comunità, Milano, 1977. Prefazione, p.8. A nova rota está indicada no título, enquanto o subtítulo distingue este livro do anterior volume *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, 202p.

⁵¹ Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p.88, no ensaio *Verso una teoria funzionalistica del diritto*. Este último oferece um articulado confronto entre a doutrina de Kelsen e a concepção funcionalista da qual Bobbio se aproximava. “O artigo – precisa Bobbio na nota 1. –, escrito originariamente para um volume em memória do filósofo do direito argentino Ambrosio Gioja, foi publicado pela primeira vez neste volume”. A tal propósito, é útil um esclarecimento, possibilitado pela cortesia de Oscar L. Sarlo, o filósofo do direito da Universidad de la República de Montevideo. O volume argentino foi projetado, na realidade, em honra – e não “em memória” – de Ambrosio L. (Lucas) Gioja (1912-1971), porque deveria ter sido publicado em 1972 para os sessenta anos do filósofo argentino. As contribuições foram pedidas por volta de 1970, mas – como adverte o organizador do volume, Genaro Carrió – o quase sexagenário Ambrosio L. Gioja faleceu repentinamente “no início de 1971”. O título do volume argentino não pôde ser modificado e restou, assim: *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja* (Astrea, Buenos Aires, 1976, XVI-236p.). Entre o falecimento de Gioja e a publicação daquele volume intercorreram, portanto, cinco anos: de fato, o *colophon* adverte que a impressão ocorreu “en la segunda quincena del mes de julio de 1976”. Bobbio recebeu a notícia da morte de Gioja, mas provavelmente não recebeu o volume (ou, ao menos, não o recebeu antes da publicação da coleção dos próprios ensaios no volume de 1977): daí derivava sua convicção de que o próprio artigo fosse ainda inédito em 1977 e que o volume argentino fosse “em memória” de Gioja. Na realidade, este ensaio de Bobbio está incluído no volume argentino: *Hacia una teoría funcional del derecho*, em *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires, 1976, p.9-30. A já citada *Bibliografía degli scritti di Norberto Bobbio*, organizada por Carlo Violi, menciona corretamente sob o ano de 1976 o artigo argentino (n. 7620), remetendo também à publicação em italiano, de 1977 (n. 7710). Cf. a nota 20 sobre o erro material a propósito deste título, mencionado no *Prólogo a la edición castellana*, em Bobbio, *Teoría general del derecho*, cit.

hoje chamaremos de “management”), a quanto eu escrevera em 1969 sobre cibernética e direito.⁵²

Vez que a teoria de Kelsen é uma teoria estrutural do direito, Bobbio aludia ainda à importância de examinar a construção de Kelsen à luz do estruturalismo, então em pleno florescimento entre os lingüistas.⁵³ Por isso, propôs à editora Einaudi traduzir o livro de Raymond Boudon que aplicava o estruturalismo às ciências humanas.⁵⁴ Na cultura francesa, entretanto, as ciências humanas não incluem o direito. Por isso, não me limitei a traduzir a obra, mas a completá-la, indagando sobre o que havia sido escrito sobre o “estruturalismo jurídico”. Os resultados – publicados em apêndice ao volume de 1970 – demonstravam que os juristas não iam além da *intenção* de aplicar o estruturalismo ao direito. Vez que não existia um estruturalismo jurídico comparável ao estruturalismo lingüístico, preferi falar de “estruturalismo e direito” (ou seja, indicando o ponto no qual, naquele momento, os dois âmbitos de pesquisa se interseccionavam, mas não se fundiam) tanto no subtítulo do livro traduzido quanto na publicação daquele meu breve escrito na “*Rivista di diritto processuale*”,⁵⁵ publicação propiciada por Giovanni Conso, meu professor na Universidade de Turim.

Sistema, estrutura, estruturalismo: com 1970, uma análise ampla sobre o mecanismo interno do ordenamento jurídico podia dizer-se completada. Mas desta análise as exigências teóricas de

⁵² “A mim parece muito significativo que nas novas tendências da teoria jurídica soviética o direito seja compreendido no mais vasto âmbito da ‘ciência da direção social’”, escreve Bobbio, e remete ao meu livro *Gliscibernetica*, Einaudi, Torino, 1969, p.119 s. (*Dalla struttura alla funzione*, cit., p.88, n.28)

⁵³ Em 1973, Bobbio escrevia: “A tendência que nasce com Kelsen, na direção de uma teoria do direito como sistema de normas em reciprocas relações, não pode não trazer (luminantes sugestões partindo do confronto com a teoria saussuriana na lingüística” (ora em *Diritto e potere*, p.78); e mais adiante: “É inegável que a tendência de Kelsen de considerar o direito como um universo estruturado responde à própria exigência da qual partiram as pesquisas estruturais em lingüística ou em antropologia” (p.79).

⁵⁴ Raymond Boudon, *Strutturalismo e scienze umane*. Con un’appendice su strutturalismo e diritto di Mario G. Losano, Einaudi, Torino, 1970, 212p.

⁵⁵ Losano, *Strutturalismo e scienza giuridica contemporanea*, “*Rivista de diritto processuale*”, XXV, 1970, n.3, p.465-76. Sobre esse tema, cf. o capítulo *Strutturalismo e diritto*, em Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, volume 3: *Dal Novecento alla postmodernità*, Giuffrè, Milano, 2002, p.117-92.

Bobbio não saíam satisfeitas. Com efeito, a visão jurídica de Kelsen (como ele mesmo asseria) era a continuação do positivismo jurídico oitocentescos, e esta visão jurídica (como constatava Bobbio) fora levada por Kelsen a um nível insuperado de refinamento e de perfeição. No entanto, a sociedade que circundava Bobbio e sua Escola não era mais aquela dos Oitocentos: por isso, a partir da metade dos anos Sessenta o olhar de Bobbio se distanciava cada vez mais da visão puramente estrutural do direito, ou seja, do positivismo normativista de matriz kelseniana.

A insatisfação intelectual de Bobbio nasce da constatação de que o moderno Estado social àquela altura permeara tão profundamente a sociedade a ponto de resultar transformado o próprio direito, enquanto regulador daquela mesma sociedade. Em especial, à sua função repressiva dos comportamentos indesejados se uniu em medida crescente uma função promocional, que se manifesta nos incentivos com os quais o Estado induz aos comportamentos desejados. Nas teorias jurídicas estruturais, a função do direito era limitada à ameaça ou à aplicação da sanção: era o “Estado castigador” de Thomas Paine. Entrementes, o Estado transformara-se também em pagador e em promotor: a teoria sistemática do direito não bastava mais.

Assim, cada vez com maior frequência nos escritos de Bobbio a concepção sistemática de Kelsen era contraposta à concepção sociológica de Jhering, na qual a função promocional do direito tem uma posição de particular relevo.

O crescente interesse por uma concepção funcional do direito induzira Bobbio a propor a tradução do volume *A Finalidade do Direito*⁵⁶ à editora Einaudi, a qual, por sua vez, confiara a mim tal tradução. Várias vezes discutíramos sobre o termo com o qual traduzir “Lohnrecht” – cunhado por Jhering em oposição a “Strafrecht”,

⁵⁶ Este volume tem tradução brasileira pela editora Bookseller: Rudolf von Jhering, *A Finalidade do Direito*, 2001, 2 vols., 828p.

direito penal – e, enfim, a nós parecera adequado o neologismo “direito premial”, que eu usci no texto de Jhering, e Bobbio, nos seus ensaios sobre a função do direito.⁵⁷ Este interesse turinês pelas normas premiais teve também, por sua vez, uma sua “função promocional”, vez que se refletiu numa tese milanesa, que acompanhei por indicação de Renato Treves,⁵⁸ e num livro de Alessandra Facchi.⁵⁹

Aceitar a função como elemento essencial do direito não implica, contudo, a rejeição de uma visão estrutural do direito. Trata-se, não de um repúdio, mas sim de um complemento: a explicação estrutural do direito conserva intacta a sua força heurística, mas deve ser completada com uma explicação funcional do direito, ausente em Kelsen porque este último seguira com rigor a escolha metodológica de concentrar-se no aspecto estrutural do direito, e não no aspecto funcional. As duas visões do direito são, para Bobbio, complementares, mas bem distintas: “Não creio que exista necessidade de insistir no nexos estreitíssimo entre teoria estrutural do direito e ponto de vista jurídico, por um lado, e teoria funcional do direito e ponto de vista sociológico, por outro: basta pensar na expulsão do ponto de vista sociológico na teoria pura do direito de Kelsen”.⁶⁰ A formulação está ainda mais clara no prefácio à edição colombiana da sua *Teoría general del derecho*: “Os elementos desse universo [do direito] iluminados pela análise estrutural são

⁵⁷ Rudolf von Jhering, *Der Zweck im Recht*. Erster Band, Breitkopf & Härtel, Wiesbaden 1904, reimpressão anastática: Georg Olms, Hildesheim – New York, 1970, p.141; *Lo scopo del diritto*, Einaudi, Torino, 1972, p.140; o termo “Lohnrecht” é um neologismo também para Jhering, o qual sublinha que “o direito premial” é um “conceito para nós desconhecido”. No volume de 1977, Bobbio, com base na então recente tradução de Jhering, atualizou o seu artigo de 1969, dele citando exatamente: “Em Roma, ao direito penal correspondia um direito premial” (Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p.20, nota 11, na qual remete à p.139 de *Lo scopo del diritto*).

⁵⁸ A tese de Paola Mora, *Sanzioni positive*, foi apresentada e discutida por Renato Treves no ano acadêmico de 1972-73 na Faculdade de Direito da Universidade Estatal de Milão e foi recordada por Bobbio quando republicou o ensaio *Le sanzioni positive* na coleção de 1977. A referência, obviamente, falta no original daquele ensaio, publicado em 1971 em *Studi dedicati ad Antonio Raselli*, Giuffrè, Milano, 1971, v.1, p.229-49.

⁵⁹ Alessandra Facchi, *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, Giappichelli, Torino, 1995, XIV-198p.

⁶⁰ Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p.90.

diversos daqueles que podem exsurgir da análise funcional. Os dois pontos de vista não apenas são perfeitamente compatíveis, mas também se integram reciprocamente e de modo sempre útil”.⁶¹ O percurso teórico de Bobbio vinha, assim, a convergir com o percurso do amigo Renato Treves, que exatamente naqueles anos estava introduzindo a sociologia do direito na Itália.

4. A fase pós-positivista: a função do direito.

Em 1973, o falecimento de Hans Kelsen levou Bobbio a traçar um balanço da doutrina kelseniana.⁶² Este balanço analisa os resultados alcançados pelo positivismo jurídico e, ao mesmo tempo, prospecta os objetivos que, depois deles, deve perseguir uma teoria do direito que queira manter-se atualizada com os tempos. Bobbio, de fato, anunciara sua abertura ao funcionalismo jurídico com o ensaio de 1969 sobre a função promocional do direito, inspirado também num escrito do argentino Genaro R. Carrió.⁶³ O Estado industrial já não se limitava a exercitar um “controle social”, mas intervinha cada vez mais na gestão da sociedade e, em particular, da economia, com um poder de endereçar condutas reforçado pelos incentivos. O Estado industrial já não se limitava a punir os comportamentos indesejados, recorrendo a uma sanção afluiva, mas tendia a obter os comportamentos desejados recorrendo a uma sanção positiva, a um

⁶¹ Bobbio, *Teoría general del derecho*, cit., p. IX s.

⁶² Na “*Rivista internazionale di filosofia del diritto*” o ensaio de Bobbio foi publicado como necrológico, com o título *Hans Kelsen* e com uma breve nota editorial, omitida nas reimpressões sucessivas (“*Rivista internazionale di filosofia del diritto*”, 1973, p.425-49); no volume de 1977, *Dalla struttura alla funzione*, aquele ensaio foi republicado com o título *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen* (p.187-215; e entre as fontes, na p.12, está indicado como extraído da “*Rivista internazionale di filosofia del diritto*”, 1973, p.426-49 [onde, porém, aquele 426 deve ser lido como 425]); no volume de 1992, *Diritto e potere*, o próprio escrito foi retomado com o mesmo título (p.65-87; e entre as fontes, na p.215, está indicado como extraído da “*Rivista internazionale di filosofia del diritto*”, 1973, porém erroneamente nas p.187-215). Em conclusão, *Dalla struttura alla funzione*, 1977, traz a fonte de modo correto (salvo aquele 426, em lugar de 425); o volume *Diritto e potere*, 1992, reporta a fonte trocando, porém, o número das páginas da revista com aquele do volume de 1977 (ou seja, indica p.187-215, ao invés de p.425-49). Foi preciso Carlo Violi, ao indicar na sua bibliografia de Bobbio o correto número de páginas da “*Rivista internazionale di filosofia del diritto*”: p.425-49.

⁶³ Genaro R. Carrió, *Sul concetto di obbligo giuridico*, “*Rivista internazionale di filosofia del diritto*”, 1966, p.141-55.

incentivo, a um prêmio: o direito "penal" se faz acompanhar de um direito "premier". É um tema que Bobbio considera "fundamental" para uma renovada teoria geral do direito, mas é também um tema para o qual o positivismo jurídico havia dado e podia dar apenas uma limitada contribuição.

Por outro lado, o positivista Kelsen distanciara-se explicitamente do problema da função do direito. Os pontos de partida de Hans Kelsen – relativismo ético, irracionalidade dos valores, neutralidade da ciência – levavam-no a evitar ocupar-se dos fins que o direito pode perseguir: para ele, o direito é uma técnica para o controle social que persegue o fim que vez por vez a ele é assinalado por quem detém o poder coercitivo, ou seja, pelo Estado. Conseqüentemente, na progressiva construção da sua teoria pura do direito, Kelsen concentrara-se cada vez mais na estrutura do ordenamento, ao mesmo tempo em que reduzia ao mínimo qualquer referência à sua finalidade.

Se na *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945) Kelsen sustentara que o fim do direito é a paz, na última edição da *Dottrina pura del diritto* (1960) substituiu o conceito de paz pelo de "segurança coletiva", que é um vago ideal-limite, não um preciso fim a perseguir. Esse posicionamento explica porque o positivismo kelseniano se concentra na estrutura do direito e transcorre, ou melhor, evita, uma análise da sua função. Trata-se de uma explícita autolimitação que não invalida a teoria pura do direito, mas dela circunscreve o âmbito. Para Bobbio, os resultados alcançados pelo positivismo kelseniano na descrição da estrutura jurídica são indiscutíveis: "Aquilo que Kelsen disse com relação à estrutura do ordenamento resta perfeitamente válido mesmo depois dos desenvolvimentos mais recentes da análise funcional". Ressalvada, assim, a análise estrutural do direito, Bobbio quis seguir adiante.⁶⁴

⁶⁴ Bobbio, *Struttura e funzione in Kelsen*, cit., p.215.

Em 1969, como foi dito acima, Bobbio publicara o ensaio *Sulla funzione promozionale del diritto*, que marcara sua passagem de uma análise puramente estrutural do direito a uma sua visão também funcional. Naquele mesmo ano de 1969, seu fraterno amigo Renato Treves conseguiu, depois de muitos esforços, fazer instituir a cátedra de sociologia do direito na Universidade Estatal de Milão.⁶⁵ Esta coincidência é um sinal de mudança dos tempos: efetivamente, ao reunir os próprios artigos sobre a concepção funcional do direito, Bobbio adverte que em quase todos “sente-se que a sociologia do direito bate à porta”.⁶⁶ A análise do direito como sistema em si mesmo, pois, estava concluída, e concluída com um rico legado intelectual; ora tal análise seria acompanhada pela mais vasta observação do direito como sistema entre os sistemas, isto é, como um dos subsistemas que formam o sistema social.

Seria natural aqui uma referência a Talcott Parsons, em cuja teoria do sistema social estaria perfeitamente inserido o subsistema jurídico kelseniano. Ao invés, “numa obra como a de Parsons, – observa Bobbio, – que, não obstante, concede tanto espaço ao problema do controle social, falta qualquer referência ao direito e não se vêem traços, apesar das muitas ocasiões, de um qualquer empréstimo da ciência jurídica”. Em particular, a *General Theory of Law and State* de Kelsen foi publicada nos Estados Unidos em 1945, ou seja, poucos anos antes da obra *The Social System*, de Parsons (que é de 1951): “E mesmo assim Parsons não mostra ter a mínima noção de Kelsen, de um autor, aliás, que devia ter-lhe sido congenial”.⁶⁷ Hoje podemos

⁶⁵ Esta foi a primeira cátedra de sociologia do direito na Itália, como recorda o escrito com o qual inicia o primeiro número da revista fundada por Renato Treves: “Ensino que, se não erramos, teve início no ano acadêmico de 1969-70 na Faculdade de Direito da Universidade de Milão e que hoje está incluída numa dezena de faculdades” (*Presentazione*, “Sociologia del diritto”, 1974, n.1, p.VIII). Sobre as histórias de Renato Treves e da sociologia jurídica, remeto ao meu volume, *Renato Treves, sociologo tra il Vecchio e il Nuovo Mondo*, citado na nota 5.

⁶⁶ Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., Prefazione, p.9.

⁶⁷ Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p.60; o ensaio é intitulado *Diritto e scienze sociali* nessa coleção, mas foi publicado em 1971 com o título *Diritto* no volume *Le scienze umane in Italia, oggi*. Il Mulino, Bologna, 1971, p.259-77.

constatar que ocorre exatamente o contrário: a teoria de Parsons ingressou na ciência jurídica através “do pensamento (inutilmente) complicado do teórico e sociólogo do direito”⁶⁸ Niklas Luhmann e mediante um processo de recepção no qual o direito (e em particular o positivismo jurídico) está bem pouco presente.⁶⁹ Esta dificuldade de contatos entre juristas e sociólogos foi um dos traços característicos daqueles anos: segundo Bobbio, por culpa mais dos sociólogos do que dos juristas.

Com a finalidade de promover tais contatos, indispensáveis para a afirmação da sociologia do direito, Renato Treves fundou em 1965 uma coleção de livros e, em 1974, a revista “Sociologia del diritto”.

a) A série “Diritto e cultura moderna”.

A contínua interação entre Bobbio e Treves fizera com que a série “Diritto e cultura moderna” – com a qual Renato Treves pretendia promover as novas correntes de pensamento teórico-jurídico e, em particular, a sociologia do direito – tivesse sido inaugurada em 1965 com o volume contendo os ensaios de Bobbio sobre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico.⁷⁰ Bobbio não foi decerto estranho à redação do programa da série, no qual se reflete a situação espiritual daqueles anos, dividida entre teorias jurídicas refinadas, mas distantes da realidade, e tentativas de superá-las com remissões a doutrinas “fechadas e dogmáticas”.

Para vincular “os estudos jurídicos a uma cultura mais comprometida e aberta, – lê-se no programa da série – três estradas parecem mais seguras do que outras. O caminho da sociologia: considerar e

⁶⁸ Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p.120, n.38.

⁶⁹ Para essa recepção, remeto ao capítulo *Il sistema autopoietico del diritto*, em Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, volume 3: *Dal Novecento alla postmodernità*, Giuffrè, Milano, 2002, p.237-348.

⁷⁰ Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, 241p.

explicar as estruturas do direito e os papéis do jurista nos contextos sociais aos quais pertencem. O caminho da metodologia e da análise da linguagem: fazer participar o universo jurídico do esforço de esclarecimento e reconstrução racional dos métodos e da linguagem, que é uma das formas mais avançadas e incisivas da filosofia de hoje. O caminho da crítica dos valores: enfocar as escolhas e os fins correspondentes às diversas técnicas jurídicas e delas iluminar as implicações".⁷¹

A série teve início em 1965 com o já recordado livro de Bobbio sobre o positivismo jurídico e acolheu em 1977, como décimo-oitavo volume, o livro de Bobbio ora apresentado ao leitor brasileiro, livro que reúne seus ensaios sobre a visão funcional do direito: os dois volumes desta série encerram, assim, a evolução do pensamento de Bobbio da estrutura à função do direito, ou seja, toda a evolução do Bobbio filósofo do direito. De fato, com uma base adquirida sobre uma precisa visão do ordenamento jurídico como sistema, Bobbio passava a analisar o mecanismo com o qual o Estado endereça os cidadãos através das normas premiais, os incentivos.

b) A revista "Sociologia del diritto".

Bobbio batizou não apenas a série da editora Comunità, mas também a já mencionada revista "Sociologia del diritto", fundada por Treves em 1974. Nas primeiras páginas do primeiro número Bobbio realçava a distinção entre teoria geral do direito e sociologia jurídica, e assim especificava as relações entre as duas disciplinas: "Parece-me enfim que, em lugar de dizer que existe um modo de praticar a sociologia do direito que se resolve na teoria geral do direito, ou ultrapassa os seus confins, seja preferível dizer que [...os sociólogos do direito]

⁷¹ O programa completo da série foi impresso no verso de cada volume. Seria interessante reconstruir a gênese e a evolução também editorial dessa série de livros: mas infelizmente, quando a editora Comunità foi adquirida pela editora Mondadori, todo o seu arquivo foi jogado fora com bárbara rapidez; não foi possível salvar nem mesmo um fragmento: resta assim perdido um arquivo que teria permitido acompanhar a gênese das ciências sociais na Itália do pós-guerra.

têm a tendência a formular teorias gerais do direito que por algumas suas características [...] podem ser consideradas, com boas razões, teorias *sociológicas* do direito. Toda a história da teoria geral do direito nestes últimos cem anos, pelo menos de Jhering em diante, é a história de uma contínua contraposição entre teorias sociológicas e teorias não-sociológicas do direito”.⁷² Portanto, a sociologia do direito tem a tarefa de auxiliar “a teoria tradicional do direito com relação ao problema das funções do direito”, porque “o progresso dos estudos de teoria geral do direito depende hoje mais do que nunca do uso que o teórico sabe fazer dos instrumentos que a ele são oferecidos pelas ciências sociais”.⁷³

Portanto, nos anos em que já realizara a passagem da teoria sistemática à teoria funcional do direito e, em termos ainda mais gerais, da filosofia jurídica àquela política, o posicionamento do Bobbio teórico do direito é claro: a teoria geral do direito, exatamente por ser *geral*, deve oferecer uma explicação *também* para a “função promocional” do direito, que constitui o aspecto mais recente da evolução do Estado. Pode fazê-lo somente englobando nas suas construções teóricas os conhecimentos empíricos provenientes da sociologia do direito, sem porém com ela identificar-se, ou seja, permanecendo uma teoria sociológica do direito.

Naquela mesma revista, Bobbio retorna à função do direito já no ano seguinte.⁷⁴ Inicialmente, examina os autores do passado para iluminar seu próprio escasso interesse pela finalidade do direito; depois, examina a forma como muda progressivamente a função do direito na sociedade industrial; enfim, examina três dificuldades que obstam a análise funcional do direito. A primeira dificuldade pode ser sintetizada na pergunta: “Coloca-se o problema [sobre] qual

⁷² Norberto Bobbio, *Teoria sociologica e teoria generale del diritto*, “Sociologia del diritto”, 1974, n. 1, p. 9 s.

⁷³ Bobbio, *Teoria sociologica e teoria generale del diritto*, cit., p. 14 s.

⁷⁴ Bobbio, *Intorno all'analisi funzionale del diritto*, “Sociologia del diritto”, 1975, p. 1-25, retomado com o título *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*, em Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 89-121.

seja a função do direito com relação à sociedade como totalidade ou ainda com relação aos indivíduos que dela fazem parte?"⁷⁵ A segunda dificuldade pode ser sintetizada na pergunta: o jurista funcionalista está consciente de que as funções por ele especificadas "não se colocam sempre no mesmo nível, mas representam graus ou momentos diversos da influência do direito na sociedade"?⁷⁶ A terceira dificuldade, enfim, pode ser sintetizada na pergunta: se as respostas às duas perguntas anteriores tiverem esclarecido o significado do termo 'função', "na expressão 'função do direito', o que se entende especificamente por 'direito'?"⁷⁷ A este terceiro quesito Bobbio responde com uma série de úteis e complexas distinções, que ora não podem ser examinadas, mas que são indispensáveis para se ter em mente, porque "o conceito do direito é tão vasto a ponto de tornar de escassa utilidade uma análise funcional que não proceda às devidas distinções".⁷⁸

Uma dezena de anos depois deste artigo, o próprio Bobbio traça um balanço da sua saída do positivismo jurídico e da sua aproximação de uma visão funcionalista ou sociológica do direito numa conferência de 1983, que percorre todo o seu itinerário cultural, elenca os autores que teria sido necessário considerar, mas que, ao invés, não figuram nos seus primeiros ensaios sobre a teoria funcional do direito e, enfim, discute as críticas dirigidas à sua visão pós-positivista do direito.⁷⁹ É deste ensaio que no futuro deverá partir quem quiser reconstruir a fase funcionalista da teoria jurídica de Bobbio.

Bobbio traçava este balanço a propósito de uma estação intelectual que considerava já encerrada. Aquele retorno à função premial do direito era "em parte uma visita de circunstância", porque – esclarecia – sem o convite para aquela conferência "não teria encon-

⁷⁵ Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p.111.

⁷⁶ Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p.113.

⁷⁷ Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p.115.

⁷⁸ Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p.117.

⁷⁹ Bobbio, *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, "Sociologia del diritto", 1984, n.3, p.7-27.

trado outra ocasião para voltar ao tema"; era ainda "em parte uma visita de adeus, porque, tendo mudado nestes últimos anos a orientação dos meus estudos, outros temas me inquietam". Aos novos temas da filosofia política o septuagenário Bobbio acrescentava ora uma outra inquietação: "As estações da colheita são, agora, presumivelmente poucas".⁸⁰ Bobbio escrevia estas linhas em 1984, e "as estações da colheita" durariam ainda vinte anos: vinte anos nos quais não cessou de escrever e de analisar o mundo que o circundava.⁸¹

É tempo, a esta altura, de concluir. Procurou-se traçar sinteticamente a parábola que o pensamento jurídico-teórico de Bobbio efetuou do positivismo normativo de matriz kelseniana a um positivismo por assim dizer crítico,⁸² até uma visão tão estrutural quanto funcionalista do direito, que é aquela expressa no presente volume: para esta última não uso o adjetivo 'estrutural-funcionalista' porque poderia induzir a uma indevida aproximação entre Bobbio e Parsons. Os esclarecimentos que Bobbio aportou também à concepção funcional do direito indicam ainda hoje um amplo campo de pesquisas tanto aos teóricos quanto aos sociólogos do direito.

⁸⁰ Bobbio, *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, cit., p.7.

⁸¹ Mario G. Losano, *Recordação de um Mestre: Norberto Bobbio (1909-2004)*. Conferência proferida pelo Professor Mario G. Losano, da Universidade de Milão (Itália), em 9 de fevereiro de 2004, na Academia Pernambucana de Letras. "Prim@ Facie" (João Pessoa, Brasil), II, 2003 [mas publicado em 2004], n.3, p.5-15. <<http://www.cel.ufpr.br/primafacie>>. Retomado em: *Recuerdo de un maestro: Norberto Bobbio (18 de octubre de 1909 – 9 de enero de 2004)*, "Sistema" (Madrid), julio 2004, n.181, p.109-16; *En memoria de un maestro: Norberto Bobbio (18 de octubre de 1909 – 9 de enero de 2004)*, "Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas" (Madrid), XIII, enero-diciembre 2004, p.177-87; *Memoria de un maestro: Norberto Bobbio (1909 – 2004)*, "Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo" (Valencia), 2004, n.13, p.115-22.

⁸² O próprio Bobbio define "interpretação crítica do positivismo jurídico" a segunda parte – exatamente aquela dedicada ao positivismo – do seu *Giustnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p.17 (Premessa).

APRESENTAÇÃO À EDIÇÃO BRASILEIRA

Da estrutura à função é um livro da maior importância no percurso de Norberto Bobbio. Representa um marco na sua rigorosa, fecunda e instigante contribuição à teoria geral do direito. Nele estão reunidos, como era do feitio do seu trabalho intelectual, um conjunto de ensaios que assinalam, por aproximações sucessivas, como complementou a sua análise estrutural do direito. Esta, na esteira da instigação de Kelsen, partiu, com desenvolvimentos próprios, de uma reflexão sobre normas inseridas em ordenamentos identificando, na concepção do ordenamento jurídico, a grande contribuição do positivismo jurídico à teoria geral do direito.

A análise estrutural examina o direito como um sistema, a partir do ângulo interno ao jurídico, sem maiores elaborações sobre as suas funções em relação aos destinatários das suas normas. São estas funções que ocupam Bobbio neste livro. Bobbio voltou-se para as funções pois, como um pensador de estilo analítico, mas atento aos fatos e à História, parou para pensar o impacto do Estado democrático, reformista, intervencionista e do bem-estar social no

direito. Verificou que o direito positivo da segunda metade do século XX deixou de se circunscrever ao proibir e ao permitir e passou a contemplar o promover e o estimular. Dessa maneira uma explícita dimensão de direção social, preocupada com a função de promover comportamentos por meio de estímulos e desestímulos, foi agregada à clássica dimensão do controle social exercido pelo direito nas sociedades, voltado para a função repressora ou protetora de interesses. Surgiu, então, a necessidade de lidar com novos temas em relação aos quais a análise estrutural não oferecia respostas adequadamente satisfatórias para encaminhar os problemas da positivação do direito.

Com efeito, um direito positivo que tem como uma de suas funções direcionar comportamentos precisa ter informações mais precisas sobre os destinatários das normas e suas condutas. Não pode circunscrever-se a uma análise exclusivamente centrada no ângulo interno da dinâmica de funcionamento da estrutura do ordenamento. Por esta razão este livro de Bobbio é uma abertura à sociologia jurídica, não apenas como um ponto de vista sobre o direito, mas como algo necessário para a própria elaboração da teoria geral do direito.

Como mencionei, Bobbio é um autor de estilo analítico. Nesse sentido, examina o significado do que é enunciado nos conceitos e se vale dos “*distinguos*”, das diferenciações, para esclarecer os termos da linguagem jurídica. Essa dimensão analítica, tão presente em sua análise estrutural, é igualmente forte na sua reflexão sobre o tema das funções do direito. É o caso da revisão que empreende do conceito da sanção. Bobbio aponta que, na medida em que o direito não se limita ao permitir e ao proibir, mas almeja o promover, é preciso levar em conta a dimensão positiva das sanções, que assume a forma de incentivos e prêmios. Estas são as duas formas típicas por meio das quais se manifesta, no direito positivo, a função promocional do direito voltada para impulsionar e para sustentar condutas. Daí a instigante contribuição dada por ele ao tema por meio da discussão

das sanções premiais que são compensações previstas pelo Direito para se alcançar uma direção social de conduta.

Bobbio é um grande mestre na “*ars combinatoria*” das dicotomias. Elas são um dos recursos analíticos de que ele se vale para, ao diferenciar, esclarecer e precisar conceitos. Como é recorrente na sua obra, neste livro há significativas reflexões sobre o papel epistemológico das dicotomias.

Uma das grandes no campo do direito é direito público/direito privado, e Bobbio recorre a ela para discutir as funções do direito. O direito privado tem como uma de suas funções primordiais a coexistência e a convivência de interesses divergentes dos indivíduos na sociedade, mediante normas que tornam menos áspero o confronto ao ensejar a estabilização das condições para a atuação da liberdade individual. Isso explica o fato de o privatista usualmente encarar o direito a partir do indivíduo por meio do conceito da relação jurídica. O direito público tem como função dirigir interesses divergentes para um escopo comum, por meio de normas diretivas de comportamento. Por isso, o publicista geralmente encara o direito “*sub specie institutionis*”, tendo como ponto de partida a hierárquica perspectiva do todo em relação às partes.

É nesse contexto que cabe referência ao estudo, contido neste livro, de Bobbio sobre Santi Romano, autor de pioneira obra sobre o ordenamento jurídico. Bobbio mostra que o objetivo de Santi Romano foi elaborar uma teoria do direito do ponto de vista do direito público, analisando o Estado como a instituição das instituições, mas reconhecendo, como um pluralista moderado, margem ampla de sociabilidade não controlada por ele, na qual se articulam as relações entre os indivíduos e o Estado. No entanto, para Santi Romano, é o direito público que fecha o sistema jurídico. Daí a relevância da pirâmide jurídica kelseniana e o significado do ensaio sobre Kelsen incluído nesta obra.

Kelsen, como Santi Romano, é um publicista, e Bobbio, no arguto ensaio inserido neste volume dedicado ao autor da teoria

pura, analisa como o normativismo kelseniano se insere no âmbito das preocupações, com a objetividade científica e a neutralidade axiológica das ciências sociais do seu tempo. Uma das instigantes observações de Bobbio nesta linha é a de que a análise de Kelsen sobre a estrutura do sistema jurídico corresponde, no plano interno do direito, à teoria de Max Weber sobre o processo sociológico da racionalização formal do poder estatal. Um poder plenamente legalizado converte o Estado em ordenamento jurídico e, como técnica social, permite a domesticação da força organizada por meio do direito. Kelsen é, assim, uma contrapartida jurídica do tipo-ideal weberiano do poder racional-legal. Neste contexto, ao tratar da função no âmbito da teoria pura, Bobbio registra que a paz é concebida como um limite ideal para o qual o direito tende. Disso advém, observo eu, a relevância de Kelsen em outras dimensões do percurso de Bobbio que, no plano das relações internacionais, se ocupa em discutir as condições de uma humanidade pacífica, que tem a paz pelo direito como um dos seus elementos e, no plano da organização política, defende a democracia como um conjunto de regras que permite contar cabeças e não cortá-las.

Na sua obra, Bobbio dedicou importantes reflexões ao tema da liberdade e examinou tanto a importância da liberdade antiga, ou seja, a liberdade como a participação democrática do cidadão nas decisões coletivas, quanto o significado da liberdade moderna, isto é, como uma esfera privada de não-impedimento, na qual aquilo que não é comandado nem proibido é permitido. Tem, assim, como "socialista-liberal", consciência de que uma sociedade permeada apenas pelo direito público, mesmo em uma democracia, representa um risco para uma das dimensões da liberdade. Este é, penso eu, o pano de fundo da sua discussão neste livro, da distinção feita por Hayek entre normas de comportamento, que caracterizariam o Estado liberal que ele defende, e normas de organização, as quais caracterizariam o Estado intervencionista, por ele criticado.

Bobbio desideologiza a questão e submete, analiticamente, a dicotomia a uma discussão de suas funções. Normas de conduta são as que têm como função tornar possível a convivência de grupos ou indivíduos que buscam seus fins particulares. Normas de organização são as que têm como função tornar possível a cooperação de grupos ou indivíduos dirigindo os seus fins específicos para uma finalidade comum. Bobbio mostra, com muita precisão, como a dicotomia normas de comportamento/normas de organização é útil para a teoria geral do direito, mas aponta, igualmente, como ela não permite diferenciar o direito público do direito privado. Com efeito, no direito privado, se os contratos e a propriedade podem ser trabalhados como normas de conduta, a família ou a disciplina das sociedades anônimas transitam, ao estabelecer competências, por normas de organização. Da mesma maneira, no direito público, se a estruturação do Estado e dos serviços públicos requer normas de organização, o direito penal estabelece normas de conduta. No âmbito da teoria geral do direito, é a função, portanto, que explica o uso das normas de organização e o das normas de conduta. Nesse sentido, Bobbio expõe como a reflexão sobre as funções é importante para a própria análise conceitual e tipológica das normas.

O último ensaio de *Da estrutura à função* tem, para nós, no Brasil, um significado especial. É dedicado ao pensamento de Tullio Ascarelli, o grande jurista italiano que, vitimado pela legislação racista e anti-semita da Itália fascista, encontrou abrigo no Brasil, foi acolhido como professor na Faculdade de Direito da USP e contribuiu para renovar o pensamento jurídico em nosso País, antes de retornar à Itália democrática do pós-Segunda Guerra Mundial.

O campo de preocupação de Ascarelli era amplo e ia muito além do direito comercial, no qual foi um grande mestre. A aproximação entre ele e Bobbio resultou do seu interesse, no final da vida, por Hobbes e Leibniz, tendo, inclusive, escrito um denso prefácio à edição que preparou de textos desses dois filósofos tão relevantes para o entendimento da dogmática jurídica.

A inserção de tal ensaio nesta obra explica-se porque não se trata apenas de fruto do comum interesse dos dois por Hobbes, mas porque, ao traçar o percurso de Ascarelli, Bobbio examina a especificidade da sua crítica ao positivismo jurídico. Bobbio demonstra como o pensamento de Ascarelli é uma crítica ao legalismo da teoria das fontes do positivismo jurídico, produto da experiência histórica do direito comercial (a "*lex mercatoria*") e de suas funções. Realça, também, o alcance da crítica de Ascarelli à teoria da interpretação de cunho positivista. Para Ascarelli, a interpretação não é declaratória, mas criativa, pois o sistema jurídico não é um dado, mas um processo, e a sua unidade não é um pressuposto, mas um resultado. Neste contexto, a função da interpretação é manter a continuidade do sistema, movendo-se entre os pólos da criatividade e da persistência.

Ascarelli, aponta Bobbio, contrapôs ao conceitualismo o emprego instrumental das categorias jurídicas; realçou a importância do estudo do ambiente social para uma melhor compreensão de um instituto jurídico no âmbito do realismo; destacou, no trato do intuicionismo, a inevitável relatividade histórica das valorações. Esta "*ars combinatoria*" teórica tem sua origem no estudo do direito comercial, no contato profissional de Ascarelli com os problemas da sociedade capitalista em transformação e na clareza conceitual que tinha da função econômica do direito. É isto que, como conclui Bobbio, fez dele o jurista que inaugurou a perspectiva do funcionalismo jurídico na Itália, que este livro expande e amplia.

Esta edição brasileira, sob os auspícios da Manole e com o patrocínio do Centro de Estudos Norberto Bobbio da Bovespa, fruto da esclarecida política cultural de Raymundo Magliano Filho, tem a enriquecê-la um excepcional prefácio de Mario Losano. Losano, que é um dos juristas italianos mais ligados à cultura jurídica brasileira, foi aluno e assistente de Bobbio em Turim e é um grande conhecedor de sua obra. Neste prefácio, com o rigor e a profundidade característicos do seu trabalho de pesquisador, Losano discute circunstanciadamente como Bobbio elaborou a sua análise de estrutura do direito e

como a desdobrou na discussão das funções. Entre tantos temas de grande interesse discutidos por Losano, menciono o realce por ele dado ao diálogo entre Bobbio e Renato Treves – o grande nome da sociologia do direito na Itália – e como este diálogo instigou Bobbio a se ocupar das funções do direito.

Concluo esta nota de apresentação lembrando San Tiago Dantas, para quem a tarefa da inteligência humana é tirar o valor das coisas da obscuridade para a luz. Foi isto o que fez Norberto Bobbio em seu percurso nos múltiplos campos do conhecimento a que se dedicou e é o que o leitor comprovará, pois encontrará nesta obra uma fecunda e inovadora leitura da teoria geral do direito.

São Paulo, agosto de 2006.

1 A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO

SUMÁRIO – 1. Insuficiência das tradicionais concepções protetora e repressiva do direito – 2. A teoria do direito como conjunto de normas negativas – 3. Relação entre normas positivas e negativas, de um lado, e sanções positivas e sanções negativas, de outro – 4. A teoria do direito como conjunto de normas reforçadas por sanções negativas – 5. Normas de conduta e normas de organização – 6. Função promocional do Estado assistencial – 7. Diferença entre ordenamento repressivo e ordenamento promocional em relação aos fins – 8. Diferença entre ordenamento repressivo e ordenamento promocional em relação aos meios – 9. Diferença entre prêmio e facilitação – 10. Diferença entre ordenamento repressivo e ordenamento promocional em relação à estrutura – 11. Diferença entre ordenamento repressivo e ordenamento promocional, em relação à função.

1. A propósito de uma discussão sobre o conceito de obrigação – que até agora tem sido considerado um conceito-chave da teoria geral do direito –, Genaro R. Carrió observou que grande parte da teoria geral do direito europeia é prisioneira de um conceito de direito que pressupõe “a imagem simplista do Estado como organismo que estabelece as regras do jogo e institui um árbitro”.¹ A predominância dada ao conceito de obrigação e à explicação da obrigação em termos de sanção e de coação seria o principal, e não o mais desejável, efeito daquela imagem:

quando se define ‘obrigação jurídica’ e se atribui uma função a este conceito, pressupõe-se como modelo de sistema um tipo de organização social já superada: o Estado gendarme, que, com técnicas limitadas, perseguia fins igualmente limitados.

¹ G. R. CARRÍO, *Sul concetto di obbligo giuridico*, in “Rivista di filosofia”, LVII, 1966, p.141-55. As passagens citadas estão, respectivamente, nas páginas 149, 154, 151.

Dando seguimento à profunda transformação que em todos os lugares deu origem ao *Welfare State*, os órgãos públicos perseguem os novos fins propostos à ação do Estado mediante novas técnicas de controle social, distintas daquelas tradicionais. “Não é possível” – analisa Carrió – “que o aparato conceitual, elaborado pela teoria geral do direito, persista e atravesse inalterado mudanças tão radicais”.

Tomando essa observação como ponto de partida, proponho-me a examinar um dos aspectos mais relevantes – e ainda pouco estudado na própria sede da teoria geral do direito – das novas técnicas de controle social, as quais caracterizam a ação do Estado social dos nossos tempos e a diferenciam profundamente da ação do Estado liberal clássico: o emprego cada vez mais difundido das técnicas de encorajamento em acréscimo, ou em substituição, às técnicas tradicionais de desencorajamento. É indubitável que essa inovação coloca em crise algumas das mais conhecidas teorias tradicionais do direito, que se originam de uma imagem extremamente simplificada do direito. Refiro-me, em particular, à teoria que considera o direito exclusivamente do ponto de vista da sua função *protetora* e àquela que o considera exclusivamente do ponto de vista da sua função *repressiva*. É desnecessário acrescentar que, com frequência, as duas teorias encontram-se sobrepostas: o direito desenvolve a função de *proteção* em relação aos atos lícitos (que podem ser tanto atos permitidos quanto obrigatórios) mediante a *repressão* dos atos ilícitos.

Um exemplo clássico da primeira teoria é a que tem por predecessor Christianus Thomasius, segundo o qual o direito se caracteriza por conquistar o próprio objetivo (que é essencialmente protetor) por meio da emanção de *comandos negativos* (proibições). A segunda teoria, comum a toda a corrente do positivismo jurídico, de Austin a Jhering e Kelsen, é aquela segundo a qual o direito atinge o próprio objetivo (que é essencialmente repressivo) por meio da organização de *sanções negativas* (o direito como aparato coativo, ou *Zwangsordnung*).

2. Como se sabe, Thomasius considerou o direito como um conjunto de normas negativas (que, afinal, se resumiam substancialmente no preceito *neminem laedere*), a fim de oferecer um critério simples e claro que servisse para distinguir as normas jurídicas de outras normas, como as da moral individual e as da moral social.²

Como todas as teorias reducionistas (e a teoria thomasiana é particularmente simplista), a teoria que vê no direito um conjunto de normas de um só tipo (neste caso, as negativas) é manifestamente falsa. Contudo, é por demais manifestamente falsa para não estimular a observação do que havia por trás dela. O que ela escondia era a idéia de que se deveria atribuir ao direito, exatamente para diferenciá-lo da moral, uma função eminentemente protetora. O surgimento do direito como conjunto de normas negativas assinalava a passagem do estado de natureza para o estado civil, isto é, de um estado continuamente ameaçado pela guerra universal para um estado de paz. A finalidade do direito, dizia Thomasius, era evitar o mal maior para a humanidade – a guerra – e garantir o bem menor – a paz.

Ora, para garantir a paz, bastam normas que impeçam os diversos membros do corpo social de fazer mal uns aos outros, isto é, bastam precisamente as normas negativas. Thomasius cometeu o erro de apresentar como uma teoria do direito, como uma determinação filosófica da essência do direito, o que era, na realidade, um ideal político – como diríamos hoje, uma ideologia. Ele descreveu não o que o direito é, mas o que deveria ser para corresponder ao ideal de um Estado que tem por objetivo não apenas tornar os próprios súditos mais felizes, mas garantir-lhes a liberdade recíproca. Prova disso é que a teoria de Thomasius, como se sabe, foi refutada por Leibniz, segundo o qual o direito não pode se eximir de comandar, além de proibir.³

² Como se sabe, Christianus Thomasius apresentou como fundamento do *iustum*, de modo a diferenciá-lo do *honestum* e do *decorum*, a máxima "Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris" (*Fundamenta iuris et gentium*, VI, p. 42). Cfr. também §§ 62 e 63, nos quais os exemplos de preceitos jurídicos que adotou são todos de proibições.

³ *Méditation sur la notion commune de la justice*, § 2. (Cito a partir da tradução italiana in G. W. LEIBNIZ, *Scritti politici e di diritto naturale*, organizada por V. MARTINI, Utet, Turim, 1951, p. 225 em diante).

E, no entanto, o próprio Leibniz aceitara o ideal político do despotismo mais ou menos esclarecido, segundo o qual o soberano deve se preocupar não apenas com a felicidade, mas também com o bem-estar e com os bons costumes de seus súditos. Nas entrelinhas da controvérsia aparentemente escolástica entre Thomasius e seu crítico, escondia-se, na realidade, um contraste ideológico.

Não valeria a pena resumir a teoria de Thomasius, já universalmente esquecida, não fosse o fato de que ela pode estar subentendida em todas as teorias que, uma a uma, inspiram-se no ideal do Estado liberal clássico, do Estado entendido na sua função de simples guardião da ordem pública, começando pela teoria de Kant e terminando com a de Hegel (ainda que limitada ao “direito abstrato”, isto é, ao primeiro momento do espírito objetivo, o qual compreende exclusivamente o direito privado e o direito penal). Não será supérfluo recordar que, para Hegel, a necessidade do direito “limita-se, em razão mesmo de sua abstração, à proibição: não lesar a personalidade e aquilo que dela deriva”, com a consequência de que há apenas “proibições jurídicas, e a forma positiva dos preceitos jurídicos, conforme seu conteúdo último, deve ter por fundamento a proibição”.⁴

Nas concepções em que o Estado assume a função de guardião da ordem pública, o direito se resume, pouco a pouco, ao direito penal; e uma das características do direito penal é, precisamente, ser composto, sobretudo, de normas negativas. Uma vez considerado todo o fenômeno jurídico sob o ponto de vista exclusivo do direito penal, a teoria do direito como conjunto de normas negativas parece mais plausível, ou, pelo menos, menos excêntrica (mesmo que continue a ser falsa). Tão plausível que foi explicitamente professada, bem no meio do século XIX, por um obstinado defensor (e profeta) da diminuição progressiva das tarefas do Estado – Herbert Spencer. Ao contrapor ao Estado militar, já em vias de extinção, o Estado industrial em formação, Spencer atribuiu a este, entre outras características,

⁴ HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, § 38 [ver também § 113]. [*Princípios da filosofia do direito*, 2. ed., trad. port. Orlando Vitorino, São Paulo, Martins Fontes, 2003.]

também a de se utilizar apenas de normas negativas para explicar as suas funções, reduzidas à manutenção da ordem: “ao escravo, ao soldado, ou a qualquer membro de uma sociedade organizada para a guerra” – escreveu ele – “a autoridade diz: ‘Você fará isto; você não fará aquilo’. Mas ao membro da sociedade industrial dá apenas uma destas ordens: ‘Você não fará isto’”.⁵ Não podemos dizer que Spencer tenha sido um bom profeta: nas sociedades industriais modernas, à medida que o processo de industrialização avança, as tarefas do Estado aumentam em vez de diminuir, sem falar das sociedades em que o processo de industrialização ocorreu por meio de Estados que têm as características das organizações que Spencer chamava de militares. Não obstante, aqui nos interessa não tanto a filosofia da história de Spencer, mas a persistente ligação de uma certa imagem do direito com uma certa concepção do Estado, ainda que as duas teorias – a de Thomasius e a de Spencer – não possam ser colocadas no mesmo escaninho, porque aquilo que em Thomasius pretendia ser uma definição da essência do direito, em Spencer tornara-se a caracterização de um tipo de ordenamento jurídico historicamente determinado. Enquanto Thomasius buscava a natureza, sempre igual, do direito para além das suas distintas conformações históricas, Spencer tentava traçar a sua evolução histórica. Resta o fato de que essa evolução histórica tendia para um ordenamento jurídico que deveria ter as mesmas características que o jusnaturalista atribuía ao direito compreendido em sua essência. Isso, talvez, seja uma confirmação da natureza ideológica da teoria negativa do direito, ainda que aqui ela nos interesse não pelo ideal que expressa, mas pela imagem do direito que nela se reflete.

⁵ *Principles of Sociology*, § 570. É extremamente interessante observar que a tese da função predominantemente negativa do direito foi ressuscitada por um dos maiores teóricos do liberalismo clássico dos nossos dias, F. A. Hayek, *Ordenamento jurídico e ordenamento social*, in “Il Politico”, XXXIII, 1968, p.693-723, em que se lê: “Na realidade, consideramos que as regras de direito privado e penal, ou pelo menos a maioria delas... são apenas proibições que delimitam o campo de ação livre e, apenas em casos excepcionais..., chegam a prescrever ações determinadas” (p.703). Mais interessante ainda é a nota 17, na qual observa que, embora muitos tenham percebido o caráter predominantemente negativo do direito, “ninguém jamais extraiu disso todas as consequências” (p.703).

3. Por mais que a teoria do direito como ordenamento repressivo esteja estreitamente ligada à teoria que acabamos de examinar (nos velhos manuais, Thomasius é considerado, ainda que de modo equivocado, o iniciador da teoria do direito como coação), convém não confundir, do ponto de vista analítico, a distinção entre normas positivas e normas negativas com a distinção entre sanções positivas e sanções negativas. Com termos de uso mais comum, uma coisa é a distinção entre comandos e proibições, outra coisa é a distinção entre prêmios e castigos. As duas distinções não se sobrepõem. Ainda que, de fato, as normas negativas se apresentem habitualmente reforçadas por sanções negativas, e as sanções positivas se apresentem predominantemente predispostas ao (e aplicadas para o) fortalecimento das normas positivas, não há qualquer incompatibilidade entre normas positivas e sanções negativas, de um lado, e normas negativas e sanções positivas, de outro. Em um sistema jurídico, muitas das normas reforçadas por sanções negativas são normas positivas (comandos de dar ou de fazer). As técnicas de encorajamento do Estado assistencial contemporâneo aplicam-se, embora mais raramente, também às normas negativas. Em outras palavras, pode-se tanto desencorajar a fazer quanto encorajar a não fazer. Portanto, podem ocorrer, de fato, quatro diferentes situações: *a)* comandos reforçados por prêmios; *b)* comandos reforçados por castigos; *c)* proibições reforçadas por prêmios; *d)* proibições reforçadas por castigos.

Apesar de as duas distinções – entre comandos e proibições, e entre prêmios e castigos – não se sobreporem, os prêmios estão, com efeito, geralmente ligados a comandos, e os castigos, a proibições. Existe a tendência de premiar ou punir uma ação mais do que uma omissão – mas uma ação ou é o comportamento conforme a um comando, ou é o comportamento não-conforme a uma proibição. Em outras palavras, é mais fácil premiar uma ação do que uma omissão – mas, então, aquilo que é premiado é um comportamento previsto por uma norma positiva. É mais fácil punir uma ação do que uma omissão – mas, então, aquilo que se pune é um comportamento

contrário a uma proibição. Se quisermos uma prova do contrário, considere-se uma omissão – esta pode ser tanto um comportamento de acordo com uma proibição quanto um comportamento contrário a um comando. No primeiro aspecto, é um comportamento que se prolonga no tempo e está destinado a não suscitar uma reação positiva determinada; no segundo aspecto, induz mais a uma reparação do que a um castigo.

4. Na teoria geral do direito contemporânea, ainda é dominante a concepção repressiva do direito. Quer a força seja considerada um meio para obter o máximo de respeito às normas (primárias) do sistema, quer seja considerada como o conteúdo mesmo das normas (secundárias),⁶ a concepção dominante é certamente a que considera o direito como ordenamento coativo, estabelecendo, assim, um vínculo necessário e indissolúvel entre direito e coação. Este se traduz na importância exclusiva dada às sanções negativas: a coação é, ela própria, considerada uma sanção negativa ou, então, o meio extremo para tornar eficazes as sanções (negativas), predispostas pelo ordenamento mesmo para a conservação do próprio patrimônio normativo.

Na literatura filosófica e sociológica, o termo “sanção” é empregado em sentido amplo, para que nele caibam não apenas as consequências desagradáveis da inobservância das normas, mas também as consequências agradáveis da observância, distinguindo-se, no *genus* sanção, duas *species*: as sanções positivas e as sanções negativas. Ao contrário, é fato que, na linguagem jurídica, o termo “sanção”, se for usado sem determinações ulteriores, denota exclusivamente as sanções negativas. Kelsen, admitindo que os ordenamentos jurídicos modernos por vezes também contêm normas premiais,

⁶ Distinui esses dois modos de considerar a força em relação ao direito no artigo *Law and force*, in “The Monist”, XLIX, 1965, p.321-41. Publicado também na “Rivista di diritto civile”, XII, 1966, I, p.417-48. E, agora, no volume *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turim, 1970, p.117-38.

adverte, logo em seguida, que “elas têm uma importância secundária no interior desses sistemas, que funcionam como ordenamentos coercitivos”,⁷ nos quais se vê claramente que o conceito de ordenamento coercitivo implica o de sanção negativa. Para Carnelutti, embora “não exista nenhum motivo para reservar ao castigo o caráter da sanção”, o valor prático da recompensa no direito “é tão limitado a ponto de explicar, quando não justificar, o hábito teórico de, negligenciando-a completamente, simplesmente reduzir a sanção a um mal infligido a quem praticou o mal”.⁸ Essa imagem do direito também é predominante na literatura não jurídica. Felix Oppenheim, após ter ilustrado a técnica do desencorajamento, observa que o melhor exemplo desse tipo de controle social é a legislação, porque “é a técnica social usada com maior frequência por aqueles que exercem o poder de governo para influenciar o comportamento dos governados”.⁹ O sociólogo J. P. Gibbs observa que “legal sanctions (at least in Anglo-American System) are exclusively negative, and this is perhaps of significance in evaluating the role of law in social order”.¹⁰

Desse ponto de vista, ainda hoje é extremamente instrutiva a obra de Rudolf [von] Jhering, *Der Zweck im Recht*, que é, como se sabe, um tratado sobre as alavancas que determinam o movimento social, em sentido lato: um tratado, como aquele já clássico de Bentham, sobre as penas e as recompensas. Jhering não desconhece, em absoluto, a importância das recompensas como alavancas do movimento social, mas, como historiador do direito romano que era, contrapõe a

⁷ H. KEISEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Einaudi, Turim, 1966, p.46 [*Teoria pura do direito*, 6. ed., trad. port. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1998].

⁸ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto* 2, Foro italiano, Roma, 1946, p.24-5 [*Teoria Geral do Direito*, trad. port. Antônio Carlos Ferreira, São Paulo, Lejus, 2000]. Ver também T. PERASSI, *Introduzione alle Scienze giuridiche*, Cedam, Pádua, 1953, p.12, sobretudo a nota 1. em que são mencionadas as sanções positivas.

⁹ F. OPPENHEIM, *Dimensioni della libertà*, Feltrinelli, Milão, 1964, sobretudo p.36-9. A passagem citada encontra-se na p.36.

¹⁰ J. P. GIBBS, *Sanctions*, in “Social Problems”, XIV, 1968, p.147-59. A passagem citada encontra-se na p.156. Extraio deste artigo a noção de comportamentos superconformes, sobre os quais me detenho logo em seguida. Na literatura sociológica, diferente da jurídica, o termo “sanção” sempre faz referência seja às sanções positivas, seja às negativas. Cfr. T. PARSONS, *Il concetto di potere politico*, in “Il Politico”, 1963, p.614-36.

sociedade antiga à moderna, com base no fato de que a primeira costumava atribuir grande importância às sanções positivas, ao passo que a segunda reconhece apenas as sanções negativas. Não sem um certo exagero – que, aliás, é, para os nossos fins, muito significativo –, chega a dizer que “o jurista, hoje, só deve se preocupar com a pena. Ninguém, hoje, tem direito a uma recompensa por serviços eminentes e extraordinários”. “Em Roma” – especifica ele – “ao direito penal correspondia um direito premial. Hoje esta noção nos é estranha”.¹¹ Ihering, como Spencer, está perfeitamente ciente de que a sua imagem do direito tem valor histórico; mas, diferentemente de Spencer, considera a imagem do direito, que ele deriva da consideração sobre a sociedade contemporânea, não uma idéia progressiva, mas uma idéia regressiva do direito: deseja, de fato, que o direito futuro novamente conceda um espaço maior, como outrora o direito romano, ao direito premial. Não se pode negar que o desenvolvimento subsequente dos ordenamentos jurídicos modernos satisfaz as aspirações de Ihering muito mais do que concretizou as previsões de Spencer.

No que se refere à sociedade de seu tempo, Ihering, embora reconheça a importância da recompensa, circunscreve sua eficácia à esfera das relações do comércio privado, a qual compreende tanto as relações de troca quanto as relações associativas. Desse modo, a esfera da atividade econômica diferencia-se claramente da esfera da atividade política, e o critério de distinção torna-se o emprego diverso das duas alavancas fundamentais do movimento social. A alavanca que move a sociedade econômica é a recompensa; a que move a sociedade política é a pena. Com a distinção entre uma esfera de aplicação predominante das recompensas e uma de aplicação predominante

¹¹ *Der Zweck im Recht* 2, I. Breitkopf und Härtel, Lipsia, 1884, p.182. Recentemente, foi publicada uma tradução italiana dessa importante obra de Ihering, brilhantemente organizada por M. Losano: *Lo scopo nel diritto*, Einaudi, in “Nuova Universale”, n.137, Turim, 1972. Nesta edição, o trecho citado encontra-se na p.139 [A finalidade do direito, trad. port. José Antônio Faria Correa, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979; A finalidade do direito, 2 vols., trad. port. Herder K. Hoffmann, Campinas, Bookseller, 2001].

das penas, Jhering reproduzia a distinção hegeliana entre sociedade civil e Estado, a qual espelha a cisão entre a esfera dos interesses econômicos e a dos interesses políticos, e entre a condição do burguês e a do cidadão, característica da incipiente sociedade industrial. Também a concepção repressiva do direito, como outrora a concepção protetora, é um modelo teórico que permite representar, com particular precisão, um determinado tipo histórico de sociedade, aquela na qual a atividade econômica esteja subtraída, ou se deseja que esteja cada vez mais subtraída, à intervenção do poder político.

5. Entende-se que, onde ocorreu o processo inverso, isto é, onde a intervenção do poder político na esfera dos interesses econômicos foi aumentando em vez de diminuir, as duas concepções tradicionais do direito parecem inadequadas, como vestidos que se tornaram demasiado apertados para um corpo que, de repente, cresceu. Na teoria do direito, verificou-se aquela “perda do equilíbrio conceitual” de que fala Carrió no artigo anteriormente citado, retomando uma expressão de P. F. Strawson. Não creio, porém, que o melhor caminho para restabelecer o equilíbrio perdido consista em construir, de modo apressado, outros modelos inspirados, como os anteriores, no critério de *reduzir* os elementos que diferenciam o direito a um único elemento essencial, isto é, outros modelos afetados pelo reducionismo. Qualquer “redução”, como vimos pelos exemplos anteriores, é um bom indício para deixar entrever o caráter ideológico de uma teoria; mas, em geral, do ponto de vista analítico, é uma aberração.

A única tentativa que eu conheço de propor um modelo, extremamente simplificado, do ordenamento jurídico do Estado assistencial para substituir os modelos de Spencer e de Jhering foi feita por F. A. Hayek. Ele interpretou o contraste entre Estado liberal e Estado assistencial sem percorrer o caminho mais fácil – que teria sido contrapor a um sistema de normas apenas negativas, ou de sanções apenas negativas, um sistema de normas também positivas, ou então

de sanções também positivas –, mas apelando para a distinção entre normas de conduta e normas de organização. Partindo da observação de que “uma das principais maneiras pela qual se consumou a destruição da ordem liberal” consiste “na progressiva substituição das regras de conduta por regras de organização”,¹² ele pretende sugerir a idéia de que, enquanto o Estado liberal clássico projetava-se em um ordenamento jurídico composto predominantemente por normas de conduta (a saber, normas primárias), o Estado assistencial contemporâneo projeta-se em um ordenamento jurídico composto predominantemente por normas de organização (a saber, normas secundárias).

A teoria de F. A. Hayek apreende, sem dúvida, um aspecto relevante da mudança. Contudo, se essa teoria pretende ser recebida como um novo modelo exaustivo, ela também é, então, como todas as teorias reducionistas, inadequada. É verdade que o ordenamento jurídico do Estado assistencial se caracteriza por um forte aumento de normas de organização; mas não é menos verdade que as normas positivas e as sanções positivas também crescem continuamente. O aspecto apreendido pela teoria de Hayek é aquele que pode ser definido pela noção de “ação direta do Estado”: o Estado assistencial, de fato, não pretende apenas levar a fazer (por meio de normas positivas ou sanções positivas), mas ele mesmo faz. As normas de organização são precisamente aquelas pelas quais o Estado regula a ação dos próprios órgãos.

Duas objeções podem ser facilmente levantadas contra esse modelo. Em primeiro lugar, assim como não há ordenamento jurídico sem normas positivas, não há ordenamento jurídico sem normas de organização – em anos recentes, obteve ampla difusão uma teoria segundo a qual um ordenamento jurídico se diferencia de outros

¹² F. A. HAYEK, *The principles of a liberal social order*, in “Il Politico”, XXXI, 1966, p.601-18. A passagem citada encontra-se na p.609. Foi publicada uma tradução deste artigo, sob o título *Il liberalismo di Friedrich A. Hayek*, in “Biblioteca della libertà”, IV, 1967, n.11, p.28-55.

ordenamentos normativos precisamente pela presença das normas de organização (ou normas secundárias).¹³ No entanto, mesmo um ordenamento meramente coativo, ou seja, um ordenamento que atribui funções limitadas aos poderes públicos, não pode dispensar as normas de organização; tanto é verdade que o deslocamento do interesse do jurista das normas de conduta, dirigidas aos cidadãos, para as normas de organização, dirigidas aos funcionários, ocorreu, como todos sabem, com Jhering. Em segundo lugar, a teoria de Hayek também trai claramente os juízos de valor subjacentes, e, portanto, o seu intento ideológico. Em relação aos valores de um escritor tão tenazmente atraído pelos princípios do liberalismo clássico, como Hayek, as normas de organização representam redes igualmente inúteis, estendidas com o objetivo de limitar a liberdade individual devendo ser, portanto, julgadas como portadoras de um valor negativo. O nosso autor chega a afirmar, com evidente exagero, que

*a progressiva substituição das normas de conduta de direito privado e direito penal por conceitos derivados do direito público é o processo pelo qual as sociedades liberais existentes foram se transformando progressivamente em sociedades totalitárias.*¹⁴

O progresso que Spencer via na passagem do direito formado predominantemente por comandos para o direito formado predominantemente por proibições, o nosso autor vê, ao contrário, na passagem de um direito em que os destinatários das normas deixam de ser os funcionários para se tornarem novamente os cidadãos. Sem dúvida, o fenômeno do crescimento das normas de organização se presta – muito mais do que o fenômeno não menos evidente do crescimento de normas positivas e de sanções positivas – a despertar um juízo de valor negativo sobre as transformações do Estado contemporâneo em quem assuma o ponto de vista da doutrina liberal tradicional.

¹³ Normas sobre as quais me detive com maior vagar no artigo *Ancora sulle norme primarie e secondarie*, in "Rivista di filosofia", LIX, 1968, p.35-53. Agora no volume *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., p.175-97.

¹⁴ HAYEK, op. cit., p.609.

6. A importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização, o qual caracteriza o Estado contemporâneo, não coloca em crise, necessariamente, a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao contrário, isso se dá pelo que observei inicialmente: no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais freqüente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começamos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função *promocional*.¹⁵

Consideremos qualquer uma das constituições dos Estados pós-liberais, como a atual constituição italiana. Nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de *tutelar* (ou *garantir*). Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior freqüência, a função de *promover*. Segundo a constituição italiana, a República “*promove* as condições que tornam efetivo” o direito ao trabalho (art. 4º, parágrafo 1º); “*promove* as autonomias locais” (art. 5º); “*promove* o desenvolvimento da cultura” (art. 9º, parágrafo 1º); “*promove e favorece* os acordos e as organizações internacionais voltados a afirmar e regular os direitos do trabalho” (art. 35, parágrafo 3º); “*promove e favorece* a ampliação” da cooperação (art. 45, parágrafo 1º). Além disso, “*facilita*, com medidas econômicas e outras providências, a formação da família” (art. 31, parágrafo 1º); “dispõe de medidas *em favor* das zonas de montanha” (art. 44, parágrafo 2º); “*encoraja* e tutela a poupança” (art. 47, parágrafo 1º); “*favorece* o acesso da poupança popular à propriedade, etc.” (art. 47, parágrafo 2º). A contraposição entre o velho e o novo

¹⁵ G. LUMBA apreende precisamente esse fenômeno em seu texto intitulado *Controllo sociale e sanzione giuridica*, in *Studi in onore di Gioachino Scaduto*, Cedam, Pádua, 1967, p.12-3 (fascículo). Depois de ter falado de uma função promocional e de uma função dissuasiva da sanção, o autor observa que “um exame do atual estado da legislação dos países mais avançados legitima... a previsão de que a técnica sancionatória “promocional” esteja destinada a ganhar cada vez mais espaço em relação à “dissuasiva” (p.12).

modelo constitucional emerge do confronto entre o art. 2º, no qual está dito que a "República reconhece e *garante* os direitos invioláveis do homem", e o art. 3º, no qual está dito que "é tarefa da República *remover os obstáculos*, etc.", isto é, entre a afirmação de uma tarefa meramente protetora, que se realiza quase sempre mediante a técnica das medidas negativas, e a afirmação de uma tarefa promocional, que se realiza quase sempre por medidas positivas. Os nossos estudiosos do direito constitucional há muito ressaltaram a contraposição entre medidas autoritárias e coercitivas e medidas de estímulo ou de incentivo. Essa contraposição apreende bem a passagem para o uso cada vez mais freqüente das técnicas de encorajamento, para as quais pretendemos chamar a atenção nessas páginas.¹⁶

7. Em uma primeira aproximação, a diferença entre ordenamento com função protetivo-repressiva e ordenamento com função promocional pode ser descrita do modo a seguir.

Em relação a um sistema normativo, os atos humanos podem distinguir-se em atos conformes e atos desviantes. Pois bem, em relação aos atos conformes, a técnica do desencorajamento visa proteger o seu exercício, tutelando a possibilidade de fazer ou não fazer, caso se trate de atos permitidos, a possibilidade de fazer, caso se trate de atos obrigatórios, e a possibilidade de não fazer, caso se trate de atos proibidos. Em relação aos atos desviantes, a técnica do desencorajamento tem por alvo, atribuindo-lhes determinadas conseqüências, apenas os atos desviantes por defeito, os atos propriamente não-conformes, e limita-se a tolerar – não lhes atribuindo qualquer efeito jurídico – os atos desviantes por excesso, isto é, os atos superconformes (as chamadas ações super-rogatórias).

Ao contrário, a técnica do encorajamento visa não apenas a tutelar, mas também a provocar o exercício dos atos conformes, dese-

¹⁶ Por todos, cito o livro de A. Predieri, *Planificazione e costituzione*. Edizioni di Comunità, Milão, 1963, sobretudo p.204-13.

equilibrando, no caso de atos permitidos, a possibilidade de fazer e a possibilidade de não fazer, tornando os atos obrigatórios particularmente atraentes e os atos proibidos particularmente repugnantes. Quanto aos atos desviantes, essa técnica considera – atribuindo-lhes determinadas consequências – os atos desviantes por excesso, isto é, os atos superconformes, enquanto se torna cada vez mais tolerante em relação a certos atos desviantes por defeito. A introdução da técnica do encorajamento reflete uma verdadeira transformação na função do sistema normativo em seu todo e no modo de realizar o controle social. Além disso, assinala a passagem de um controle passivo – mais preocupado em desfavorecer as ações nocivas do que em favorecer as vantajosas – para um controle ativo – preocupado em favorecer as ações vantajosas mais do que em desfavorecer as nocivas.

Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes.

8. Para atingir o próprio fim, um ordenamento repressivo efetua operações de três tipos e graus, uma vez que existem três modos típicos de impedir uma ação não desejada: torná-la *impossível*, torná-la *difícil* e torná-la *desvantajosa*. De modo simétrico, pode-se afirmar que um ordenamento promocional busca atingir o próprio fim pelas três operações contrárias, isto é, buscando tornar a ação desejada *necessária*, *fácil* e *vantajosa*.

O primeiro tipo de operação, que consiste em fazer, sim, com que o destinatário da norma seja colocado em condição de não poder (materialmente) violá-la ou subtrair-se à sua execução, insere-se no rol das medidas *diretas*, isto é, as que o ordenamento adota para obter conformidade às normas, impedindo preventivamente a sua violação

ou compelindo à sua execução. São medidas diretas as várias formas de vigilância (que pode ser passiva ou ativa) e o recurso ao uso da força (que pode ser impeditiva ou constritiva).

Distinguem-se das medidas diretas as operações do segundo e do terceiro tipos, porque visam atingir o objetivo (tanto aquele próprio da função repressiva quanto aquele próprio da função promocional) não agindo diretamente sobre o comportamento não desejado ou desejado, mas buscando influenciar por meios psíquicos o agente do qual se deseja ou não um determinado comportamento. Podem ser denominadas medidas *indiretas*. São indiretas porque o comportamento não desejado é, contudo, sempre possível, mas deve tornar-se mais difícil ou mais fácil, ou então, uma vez realizado, produz certas conseqüências, desagradáveis ou agradáveis, segundo o caso.

Em um ordenamento repressivo, o desencorajamento é a técnica típica por meio da qual se realizam as medidas indiretas. Em um ordenamento promocional, a técnica típica das medidas indiretas é o encorajamento. A esta altura, podemos definir “desencorajamento” como a operação pela qual A procura influenciar o comportamento não desejado (não importa se comissivo ou omissivo) de B, ou obstaculizando-o ou atribuindo-lhe conseqüências desagradáveis. Simetricamente, podemos definir “encorajamento” como a operação pela qual A procura influenciar o comportamento desejado (não importa se comissivo ou omissivo) de B, ou facilitando-o ou atribuindo-lhe conseqüências agradáveis.

☞ Gostaria de destacar que esta definição de desencorajamento e de encorajamento, uma vez que encerra ambas as formas típicas de medidas indiretas – tanto a obstaculização e a facilitação quanto a punição e a premiação –, é mais ampla do que aquela usualmente oferecida, a qual encerra apenas a terceira forma, ou seja, a sanção propriamente dita, nas duas *species* da sanção negativa (pena) e da sanção positiva (prêmio). Penso que a consideração exclusiva da terceira forma dependa do fato de os juristas, por considerarem somente

■ técnica do desencorajamento, serem levados a ver nesta expressão, que foi, por longo tempo, a mais difundida e eficaz nos ordenamentos jurídicos tradicionais, precisamente a sanção negativa. Quando assumimos também o ponto de vista da técnica do encorajamento, é impossível deixar de notar que ela age mediante dois expedientes distintos, isto é, seja pela resposta favorável ao comportamento já realizado, no que consiste precisamente a sanção positiva, seja pelo favorecimento do comportamento quando ainda está para ser realizado. O destaque dado ao expediente da facilitação serve para salientar, por contraste, o expediente da obstaculização, que habitualmente passa despercebido: pode-se desencorajar um comportamento não desejado tanto ameaçando com uma *pena* (expediente da sanção), sempre que o comportamento vier a se realizar, quanto tornando o próprio comportamento mais *penoso*.

Com particular atenção às técnicas de encorajamento, note-se a diferença entre as duas operações: a sanção propriamente dita, sob forma de recompensa, vem depois, com o comportamento já realizado; a facilitação precede ou acompanha o comportamento que se pretende encorajar. Em outras palavras, pode-se encorajar intervindo sobre as conseqüências do comportamento ou sobre as modalidades, sobre as formas, sobre as condições do próprio comportamento. Para oferecer um exemplo retirado da vida comum, temos: se desejo que meu filho faça uma tradução difícil do latim, posso prometer-lhe, se ele a fizer, irmos ao cinema, ou então posso permitir que utilize uma tradução bilingüe.

Já há algum tempo, os juristas têm ressaltado que uma das características mais evidentes do sistema jurídico de um Estado assistencial é o aumento das chamadas leis de incentivo ou leis-incentivo.¹⁷ O elemento novo das leis de incentivo, aquele que permite o agrupamento dessas leis em uma única categoria, é exatamente o

¹⁷ Por todos, cito G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in "Atomo petrolio elettricità", 1961, n.1, p.1-20.

fato de que elas, diferentemente da maioria das normas de um ordenamento jurídico, denominadas sancionatórias (com referência ao fato de que prevêm ou cominam uma sanção negativa), empregam a técnica do encorajamento, a qual consiste em promover os comportamentos desejados, em vez da técnica do desencorajamento, que consiste em reprimir os comportamentos não desejados. No âmbito dessa categoria geral, é possível discernir os dois expedientes – o da facilitação (por exemplo, no caso de uma subvenção, de uma ajuda ou de uma contribuição financeira, ou mesmo de uma facilitação de crédito) e o da sanção positiva, como no caso da consignação de um prêmio para um comportamento superconforme ou de uma isenção fiscal. Com o primeiro expediente, deseja-se tornar menos oneroso o custo da operação desejada, ora acrescentando os meios necessários à realização da operação, ora diminuindo o seu ônus; com o segundo, tende-se a tornar a operação atraente, ou assegurando a quem a realiza a obtenção de uma vantagem ou, então, o desaparecimento de uma desvantagem, uma vez observado o comportamento.

10. Para aprofundar a distinção entre medidas de desencorajamento e medidas de encorajamento, pode ser útil, enfim, considerá-las quer do ponto de vista da sua respectiva estrutura, quer do ponto de vista da sua respectiva função.

O momento inicial de uma medida de desencorajamento é uma ameaça; já o de uma medida de encorajamento, uma promessa. Enquanto a ameaça da autoridade legítima faz surgir, para o destinatário, a obrigação de comportar-se de um certo modo, a promessa implica, por parte do promitente, a obrigação de mantê-la. Todavia, enquanto a prática de um comportamento desencorajado por uma ameaça faz surgir, para aquele que ameaça, o direito de executá-la, a realização de um comportamento encorajado por uma promessa faz surgir, para aquele que o realiza, o direito de que a promessa seja mantida.

Sanção negativa e sanção positiva dão origem a duas relações distintas, nas quais as figuras do sujeito ativo (o titular do direito) e do sujeito passivo (o titular da obrigação) estão invertidas: no primeiro caso, a relação direito-obrigação parte daquele que sanciona em direção àquele que é sancionado; no segundo caso, a mesma relação desloca-se daquele que é sancionado para aquele que sanciona. Desejando expressar a situação do destinatário em ambos os casos, mediante a fórmula da norma condicionada (que não deve ser confundida com a norma técnica, a qual veremos adiante), no primeiro caso, a fórmula é: "Se fazes A, deves B", ou seja, tens a obrigação de submeter-se ao mal da pena; no segundo, é: "Se fazes A, podes B", isto é, tens o direito de obter o bem do prêmio.

Se considerarmos a realização ou não-realização de uma ação como condicionada à credibilidade da verificação de uma medida de desencorajamento ou de encorajamento, toda norma pode ser expressa pela fórmula de uma norma técnica, isto é, de uma norma que prescreve um meio adequado (a conduta prevista na norma primária) para atingir um determinado fim, o qual tanto pode ser evitar a desvantagem ameaçada quanto conquistar a vantagem prometida na norma secundária. Pois bem, a técnica do desencorajamento funciona com normas técnicas deste tipo: "Se não queres A, deves B"; a técnica do encorajamento, com normas deste outro tipo: "Se queres A, deves B".

11. É notória a importância que têm, para uma análise funcional da sociedade, as categorias da conservação e da mudança. Considerando agora as medidas de desencorajamento e as de encorajamento de um ponto de vista funcional, o essencial a se destacar é que as primeiras são utilizadas predominantemente com o objetivo da conservação social e as segundas, com o objetivo da mudança. Podemos imaginar duas situações-limite: aquela em que se atribua valor à inércia, isto é, ao fato de as coisas permanecerem como estão, e aquela em que se atribua um valor positivo à transformação, isto

é, ao fato de a situação subsequente ser diferente da anterior. No âmbito, pois, das duas situações (de inércia e de transformação), podemos imaginar dois pontos de partida distintos: aquele em que o comportamento seja permitido e aquele em que o comportamento seja obrigatório.

No caso de um comportamento permitido, o agente está livre para fazer ou não fazer alguma coisa, ou seja, está livre para valer-se da própria liberdade para conservar ou para inovar. Se o ordenamento jurídico julga positivamente o fato de o agente valer-se o mínimo possível da sua liberdade, procurará desencorajá-lo a fazer o que lhe é lícito. Como se vê, a técnica do desencorajamento tem uma função conservadora. Se, ao contrário, o mesmo ordenamento jurídico julga positivamente o fato de o agente servir-se o máximo possível da sua liberdade, procurará encorajá-lo a se valer dela para mudar a situação existente: a técnica do encorajamento tem uma função transformadora ou inovadora. O exemplo mais interessante que se pode oferecer hoje, fazendo referência aos ordenamentos jurídicos de Estados dirigistas ou planificadores, é o das chamadas leis de incentivo, as quais, na vertente das medidas negativas, têm a sua correspondência nas leis de desincentivo. Partindo de uma situação jurídica em que a atividade empresarial é qualificada como atividade lícita, o incentivo tende a induzir certos empreendedores a modificar a situação existente, enquanto o desincentivo tende a induzir outros empreendedores à inércia.

Tomemos agora a situação na qual se dê um comportamento obrigatório. Nessa situação, o comportamento que serve à função de conservação é aquele conforme à obrigação (quer se trate de obrigação positiva ou negativa); o comportamento que serve à função de mudança e de inovação é aquele superconforme. Ora, não há dúvida de que, no primeiro caso, entra em ação a técnica do desencorajamento pelo emprego das sanções negativas; no segundo caso, entra em funcionamento a técnica do encorajamento pelo emprego das sanções positivas. Também aqui o melhor exemplo que se pode

oferecer é aquele retirado de ordenamentos jurídicos de Estados inspirados no princípio do intervencionismo econômico: o prêmio atribuído ao produtor ou ao trabalhador que supera a norma é um típico ato de encorajamento de um comportamento superconforme, prêmio este que tem a função de promover uma inovação, enquanto qualquer medida destinada simplesmente a desencorajar a transgressão de uma dada norma serve para manter o *status quo*.

2 AS SANÇÕES POSITIVAS

SUMÁRIO – 1. Crescente importância das sanções positivas – 2. Várias espécies de sanções positivas e negativas – 3. As sanções positivas como sanções jurídicas – 4. Sanções positivas e facilitações – 5. Medidas diretas e medidas indiretas.

1. Observei, no ensaio anterior, que a inovação mais importante no sistema de controle jurídico não é tanto o acréscimo dos comandos ou normas positivas, mas a introdução, cada vez mais difundida, de estímulos à execução ou à superexecução de comandos (e também de proibições), isto é, de sanções positivas, ou, de modo mais geral, o uso cada vez mais amplo das técnicas de encorajamento.

Por sua escassa importância prática, o tema das sanções positivas sempre foi negligenciado pelos juristas. Enquanto é comum a filósofos e sociólogos ampliar o significado de “sanção” até incluir nele os prêmios e as recompensas,¹ sempre esteve presente entre os juristas uma corrente, que remonta a Austin, segundo a qual é possível falar com propriedade de “sanções” apenas em relação às sanções negativas.² Com efeito, o papel do direito na sociedade é comumente considerado do ponto de vista da

¹ Lembremos ao menos duas obras célebres: *Théorie des peines et des récompenses*, de Jeremy BENTHAM, in *Oeuvres*, t. II, Bruxelles, 1829, p. 1-238 [*Teoria das penas legais e tratado dos softsmas*, São Paulo, Edijur, 2002]; *Teoria das penas legais e tratado dos softsmas*, São Paulo, Edições Cultura, 1943; e *Del merito e delle ricompense*, de Melchiorre GIOIA, Milão, 1818-1819, 2 voll. (nova edição corrigida, Lugano, 1848, 2 voll.).

² Na edição anterior desse escrito, passou-me completamente despercebido o artigo de A. DE MATTEA, *Merito e ricompensa*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XVII, 1937, p. 608-24, que foi destacado na dissertação, ainda inédita, de Paola MORA, *Sanzioni positive*, defendida na Universidade Estatal de Milão, no ano acadêmico de 1972-1973, tendo por orientador o prof. Renato Treves. Pelo contrário, não tive realmente possibilidade de fazer referência ao livro de Serenella ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto nell'età moderna*, Bulzoni, Roma, 1976, publicado quando este livro já estava no prelo. Trata-se de uma pesquisa histórica, até agora única em seu gênero, se não estou enganado, sobre a teoria das recompensas em Hobbes, Spinoza, Cumberland e nos iluministas italianos.

sua função predominante, que sempre foi aquela, mais passiva que ativa, de proteger determinados interesses mediante a repressão dos atos desviantes. Não há dúvida de que a técnica das sanções negativas é a mais adequada para desenvolver esta função, a qual é, ao mesmo tempo, protetora em relação aos atos conformes e repressiva em relação aos atos desviantes. Contudo, a partir do momento em que, devido às exigências do Estado assistencial contemporâneo, o direito não mais se limita a tutelar atos conformes às próprias normas, mas tende a estimular atos inovadores – e, portanto, a sua função não é mais apenas protetora, mas também promocional –, surge, paralelamente ao emprego quase exclusivo das sanções negativas, as quais constituem a técnica específica da repressão, um emprego, não importa se ainda limitado, de sanções positivas, que dão vida a uma técnica de estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis, em lugar da repressão de atos considerados socialmente nocivos.

2. A noção de sanção positiva deduz-se, a *contrario sensu*, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo, o bem ao bem. Em relação ao agente, diz-se, ainda que de modo um tanto forçado, que o castigo retribui, com uma dor, um prazer (o prazer do delito), enquanto o prêmio retribui, com um prazer, uma dor (o esforço pelo serviço prestado).³ Digo que é um tanto forçado porque não é verdade que o delito sempre traz prazer a quem o pratica nem que a obra meritória seja sempre realizada com sacrifício.

Tal como o mal do castigo pode consistir tanto na atribuição de uma desvantagem quanto na privação de uma vantagem, o bem do prêmio pode consistir tanto na atribuição de uma vantagem quan-

³ Encontro essa definição na obra de Gioia, já citada, vol. II, edição de Lugano, p.216: "A recompensa é uma vantagem concedida em vista de quaisquer bons-serviços e calculada em razão deles. A recompensa é um prazer que tende a destruir o desgosto do serviço, como a pena é uma dor que tende a destruir o prazer do delito".

to na privação de uma desvantagem. Desse ponto de vista, tanto as sanções negativas quanto as positivas podem ser *atributivas* ou *privativas*. Segundo uma classificação tradicional, o mal do castigo pode ser material (por exemplo, o confisco do patrimônio), imaterial (por exemplo, uma censura pública) ou misto (por exemplo, a perda de um direito que é meio para adquirir ou buscar para si vantagens materiais e imateriais). Da mesma forma, podem ser materiais, imateriais ou mistos os bens do prêmio. Ou, ainda, com outra distinção, o castigo pode consistir em um mal econômico (uma multa), social (banimento), moral (desonra), jurídico (perda da capacidade de elaborar testamento), ou físico (de açoites à decapitação).

Outrossim, há prêmios que consistem em um bem econômico (uma compensação em dinheiro, a designação de um pedaço de terra ao combatente valoroso), um bem social (a passagem para um *status* superior), um bem moral (honrarias), ou um bem jurídico (os assim denominados privilégios). Mais difícil é imaginar um prêmio que consista em um bem físico – este pode compreender desde concessões especiais (ou remoções de limites) a prazeres do paladar ou do sexo. Essa dificuldade está relacionada ao fato de que, enquanto os bens econômicos, sociais, morais e jurídicos são bens culturais, e, portanto, mais facilmente passíveis de ser modificados, os bens físicos, como bens naturais, não são passíveis de ter seu prazer ampliado (por exemplo, a saúde, o vigor, a beleza). São, ao contrário, passíveis de fácil limitação, razão pela qual não é difícil instituir sanções negativas que atinjam um bem físico.

Até agora falamos de sanções positivas e sanções negativas de modo genérico. Contudo, como se sabe, as sanções negativas habitualmente se distinguem em medidas retributivas, ou penas propriamente ditas, e em medidas reparadoras, como o ressarcimento do dano. Aquelas atingem a própria ação não conforme; essas buscam aplicar um remédio às consequências da ação não conforme. Essa distinção também pode ser aplicada às sanções positivas. Há sanções positivas, como os prêmios, que têm função exclusivamente retribu-

tiva: são uma reação favorável a um comportamento vantajoso para a sociedade. Mas pode haver, também, sanções positivas que visam compensar o agente pelos esforços e pelas dificuldades enfrentadas, ou pelas despesas assumidas, ao proporcionar à sociedade uma vantagem; essas sanções têm valor não de mero reconhecimento, mas (inclusive) de compensação. Podem ser denominadas, melhor do que de prêmios, de *indenizações*.

Outra distinção que podemos aproveitar das sanções negativas para as positivas é aquela entre medidas preventivas e medidas sucessivas. Preventivas são as medidas que tendem a promover o comportamento desejado, suscitando uma esperança, ou a impedir o comportamento não desejado, provocando um temor. Sucessivas são as medidas que se seguem ao comportamento, com uma reação favorável quando o comportamento é o desejado, e desfavorável quando o comportamento é o indesejado. Aquele que se vinga da ofensa recebida age quando o fato ao qual está reagindo já ocorreu – a vingança é uma medida sucessiva (ainda que o temor da vingança possa exercer, em alguns casos, uma ação preventiva). Quando o júri de um prêmio literário premia o melhor romance, reconhece um evento já ocorrido; afinal, é difícil atribuir a um prêmio literário a função de encorajar escritores a escrever belos romances. Para dar exemplos atinentes ao direito, quando o Estado estabelece uma isenção fiscal para quem realize uma ação econômica considerada vantajosa para a coletividade, institui uma medida preventiva que tem, manifestamente, o objetivo de induzir à realização de uma ação desejada; quando estabelece pensões de guerra, institui uma medida sucessiva, não sendo verossímil que, entre os motivos que induzem um cidadão a partir para a guerra, esteja receber uma pensão.

3. O tema sobre o qual estamos falando é o da crescente importância das sanções positivas no direito. Contudo, precisamente devido à escassa importância dos prêmios, se comparados às penas, nos sistemas jurídicos tradicionais, o tema dos prêmios, muito mais

que o tema das penas, foi tratado com relação às sanções sociais em geral, e não às sanções jurídicas em especial. A esta altura, porém, não se pode evitar a pergunta feita com frequência na teoria geral do direito a propósito das sanções negativas: como diferenciar as sanções jurídicas das não jurídicas? Em particular: o que significa falar de prêmios ou recompensas como sanções jurídicas? Dar uma resposta a essa pergunta pode servir, inclusive, para submeter à comprovação a validade das teorias em geral sustentadas sobre a sanção jurídica, as quais levam em consideração exclusivamente as sanções negativas.

Há, substancialmente, duas teorias predominantes sobre a sanção jurídica: a teoria que dá particular destaque ao aspecto da institucionalização, isto é, ao fato de que a resposta à violação de normas do sistema, no caso do sistema jurídico, é, ela própria, regulada por normas do sistema que visam torná-la o mais constante, proporcional ao delito, imparcial e certa possível; e a teoria que, acentuando o momento do exercício da força por parte do poder constituído, identifica a sanção jurídica com a coação, isto é, com aquele modo particular de infligir um mal que é o exercício da força física.⁴ Essas duas teorias não são, em absoluto, incompatíveis. Aliás, elas foram se aproximando, nas teorias do direito mais recentes, até se integrarem uma à outra. Essa integração ocorreu na teoria, tendo sido partilhada por Kelsen, um normativista impenitente, e pelos realistas escandinavos, como Olivecrona e Ross, segundo os quais o que diferencia um ordenamento jurídico de um outro ordenamento normativo qualquer é a regulamentação do exercício da força, ou seja, a coação institucionalizada.

Em relação às sanções positivas, a primeira teoria (a da sanção jurídica como sanção institucionalizada) revela-se insuficiente. Um

⁴ A primeira teoria provém, em geral, de sociólogos e de juristas-sociólogos: sobre esta, ver H. KANTOROWICZ, *La definizione del diritto*, Giappichelli, Turim, 1962, p.124 em diante. A segunda representa um dos cavalos de batalha da teoria geral do direito de orientação positivista, de Jhering a Kelsen. Não esqueçamos, no entanto, que é bem representada inclusive por uma das principais vertentes do jusnaturalismo, que vai de Thomasius a Kant.

prêmio literário geralmente é regulado nos mínimos detalhes: regras relativas aos candidatos, regras de procedimento, regras sobre a composição do júri e sua competência, etc. Nada tem a ver com as reações difusas e informais do grupo social em que consistem, precisamente, as sanções não institucionalizadas. Mas ninguém chamaria de sanção jurídica um prêmio literário. Em relação à segunda teoria (a da coação) a referência às sanções positivas tem, ao contrário, um salutar efeito corretivo. Quem de fato entende, como Kelsen, que a característica da sanção jurídica consiste no uso da força física, sendo sanções jurídicas apenas a pena e a execução forçada, é obrigado, ainda que não se dê conta disso perfeitamente, a excluir as sanções positivas do rol das sanções jurídicas. Não há dúvida de que a força física é usada ou para infligir uma pena ou para reparar as consequências de uma ação danosa à sociedade, sendo usada para efetivar uma sanção negativa em ambos os casos. No entanto, há outro modo, mais correto a meu ver, de interpretar a sanção jurídica em termos de coação: a sanção jurídica não consiste, diferentemente das sanções sociais, no uso da força, ou seja, no conjunto de meios que são empregados para constranger pela força, isto é, para “forçar” o recalcitrante, mas consiste, sim, em uma reação à violação, qualquer que seja, mesmo econômica, social ou moral, que é garantida, em última instância, pelo uso da força. O ressarcimento de um dano, o pagamento de uma multa ou a redução de limites definidos abusivamente nada têm a ver com o uso da força: são pura e simplesmente cumprimentos de obrigações secundárias. A ligação dessas obrigações secundárias – que constituem a sanção jurídica – com a força está no fato de o seu cumprimento ser garantido, primeiramente, pela ameaça de colocar em movimento e, depois, por efetivamente colocar em movimento um aparato executivo dotado de meios coativos que são, ou tendem a ser, irresistíveis, com o escopo de obter pela força o cumprimento da obrigação secundária ou, então, um cumprimento alternativo ou substitutivo.

Enquanto pura e simplesmente reduzir a sanção jurídica à coação nos impede de inserir as sanções positivas entre as sanções

jurídicas, considerar a coação como garantia do cumprimento da sanção nos permite considerar como sanções jurídicas também sanções positivas: segundo essa interpretação da relação entre sanção e coação, são jurídicas as sanções positivas que suscitam para o destinatário do prêmio uma pretensão ao cumprimento, também protegida mediante o recurso à força organizada dos poderes públicos. Tal como uma sanção negativa, uma sanção positiva se resolve na superveniência de uma obrigação secundária – lá, no caso de violação; aqui, no caso de supercumprimento de uma obrigação primária. Isso significa que podemos falar de sanção jurídica positiva quando a obrigação secundária, que é a sua prestação, é uma obrigação jurídica, isto é, uma obrigação para cujo cumprimento existe, por parte do interessado, uma pretensão à execução mediante coação.

4. Falamos até agora da função de desencorajamento (e de encorajamento) com exclusiva atenção à técnica da sanção negativa (ou positiva), isto é, à instituição de uma consequência desagradável atribuída a um comportamento considerado mau (ou de uma consequência agradável atribuída a um comportamento considerado bom). Por mais que o uso do termo “sanção” seja muito variado, e a extensão do conceito tenha contornos muito incertos – pensemos na discussão em torno do fato de a anulação ser ou não uma sanção –, podemos dizer que existe um certo consenso em entender como “sanção” a resposta ou a reação que o grupo social manifesta por ocasião de um comportamento por algum motivo relevante de um membro do grupo (relevante no sentido negativo ou positivo, não importa), com o objetivo de exercer um controle sobre o conjunto dos comportamentos sociais e direcioná-los a certos objetivos mais do que a outros. Entendida desse modo, entretanto, a sanção já não pode continuar a ser considerada a única técnica passível de ser empregada para cumprir a função do desencorajamento (ou do encorajamento). O próprio estudo da função de encorajamento, para o qual quisemos chamar a atenção nestas páginas, serve precisamente para colocar

em destaque uma técnica diferente, a qual, observando bem, podemos encontrar, ainda que de modo menos evidente, no exercício da função de desencorajamento. Podemos arriscar a hipótese de que, no estudo da função de desencorajamento – para a qual os juristas dedicaram quase exclusivamente as suas atenções –, a predominância da técnica da sanção, isto é, da resposta à violação, é tão evidente que acabou por obscurecer outros expedientes que também visam ao mesmo objetivo.

Pretendo falar da técnica da “facilitação”, à qual corresponde, no caso do desencorajamento, a técnica da “obstaculização”. Por técnica de facilitação entendo o conjunto de expedientes com os quais um grupo social organizado exerce um determinado tipo de controle sobre os comportamentos de seus membros (neste caso, trata-se do controle que consiste em promover a atividade na direção desejada), não pelo estabelecimento de uma recompensa à ação desejada, depois que esta tenha sido realizada, mas atuando de modo que a sua realização se torne mais fácil ou menos difícil. Note-se a diferença: a recompensa vem depois, enquanto a facilitação precede ou acompanha a ação que se pretende encorajar. Em outras palavras, pode-se encorajar intervindo não sobre a ação que se deseja encorajar, mas sobre as suas conseqüências, ou intervindo diretamente sobre as modalidades, sobre as formas, sobre as condições da mesma ação. Quero que meu filho faça uma difícil tradução do latim. Posso prometer, se ele a fizer, deixá-lo ir ao cinema; ou, então, permitir que utilize uma tradução bilingüe. A técnica da facilitação corresponde, no negativo, como foi dito há pouco, a técnica da obstaculização: pode-se desencorajar uma ação não desejada tanto ameaçando com uma pena à ação para assim que for praticada quanto tornando a própria ação mais *penosa*.

5. Tanto a sanção quanto a facilitação pertencem ao mesmo *genus* das *medidas indiretas*: enquanto tais, ainda que diferentes entre si, podem ser tratadas em conjunto. No âmbito vastíssimo das medidas de controle social, das quais seria inoportuno tentar aqui

uma tipologia, algumas são diretas, outras, indiretas.⁵ São medidas **diretas** aquelas que procuram obter o comportamento desejado ou **impedir** o indesejado agindo sobre o comportamento em si, como o caso da força física empregada por um batalhão de polícia para impedir que a multidão rompa os cordões de isolamento. Pertencem a esse tipo de medida as denominadas medidas de controle (em sentido estrito) ou de vigilância, que são empregadas com o objetivo de impedir que o comportamento não desejado venha a ser praticado (as medidas diretas são predominantemente negativas). Se eu aconselho ou ordeno a meu filho que vá para a escola, exerço uma pressão indireta; mas se eu o acompanho para evitar que ele fuja ao dobrar a primeira esquina da rua, o controle é direto. Em qualquer ordenamento jurídico, a observância das normas do sistema não é confiada, sempre e tão-somente, ao respeito pela autoridade que as emanou ou ao temor das conseqüências desagradáveis da inobservância ou às medidas introduzidas para dificultar o comportamento não desejado; também é confiada à instituição de corpos de vigilância especializados, por exemplo, guardas aduaneiros, alfandegários, florestais e campestres, de caça, de trânsito, etc., os quais têm, sim, a tarefa de aplicar penas de vários gêneros para as infrações (medida indireta), mas são encarregados, sobretudo, de impedir que as infrações ocorram (medida direta). As medidas diretas visam tornar impossível um determinado comportamento, caso se trate de medidas negativas, ou necessário, caso se trate de medidas positivas. Em relação às medidas indiretas, ao contrário, o comportamento não desejado ou desejado continua sendo possível, mas se torna mais difícil ou mais fácil, ou, então, uma vez praticado, é seguido por medidas que pretendem a sua retribuição ou reparação.

Que fique bem claro: as várias medidas de controle social constituem um *continuum*, e, portanto, não é possível estabelecer limites

⁵ Tentei apresentar com maiores detalhes uma tipologia das medidas com as quais um ordenamento normativo tende a provocar os comportamentos desejados e a impedir os comportamentos indesejados no verbete "Sanção", in *Novissimo Digesto Italiano*.

nítidos entre um tipo e outro: uma medida de vigilância pode ter sido instituída para impedir uma certa conduta, mas, de fato, serve, na maioria das vezes, para torná-la mais difícil. Ainda que cada um de nós conheça, de modo abstrato, a diferença entre obstaculizar e impedir ou proibir, é extremamente difícil afirmar onde termina o obstáculo e onde começa o verdadeiro impedimento. Um guarda de caça impede a caça ilegal ou simplesmente a torna difícil? Apenas por comodidade, podem ser distinguidos esses três graus: medidas de *construção* ou de *preclusão*, que visam promover o aparecimento do comportamento desejado ou impedir o não desejado; medidas de *facilitação* ou de *obstaculização*, que procuram favorecer a realização de uma conduta desejada ou desfavorecer a prática de uma indesejada; e medidas de *retribuição* ou de *reparação*, que intervêm quando o comportamento já ocorreu e visam atribuir conseqüências agradáveis ao comportamento desejado, desagradáveis ao indesejado ou, então, reparar a ordem perturbada por um ou outro desses atos. Somente estas últimas são sanções propriamente ditas. Por mais que tendamos a confundir medidas de controle social com sanções, examinando de modo mais analítico, a categoria das medidas de controle social parece muito mais ampla. Se, como de hábito ocorre, entendermos por “sanção” a resposta do grupo a um comportamento relevante à vida do próprio grupo, fogem ao seu conceito não apenas as medidas de controle direto, mas também as medidas de controle indireto, que denominamos de facilitação ou de obstaculização.

Uma vez que aqui se desejou chamar a atenção para essas últimas medidas, pode-se afirmar, para encerrar essa breve análise tipológica, que elas ocupam um campo intermediário entre as medidas diretas e as sanções propriamente ditas, tendo em comum, com as primeiras, a ação sobre o próprio comportamento desejado ou indesejado, e, com as segundas, a natureza de medidas indiretas, já que procuram atingir o objetivo com uma pressão que é, porém, sempre apenas psicológica, e não física; do gênero “influência”, e não do gênero “coação”.

3 DIREITO E CIÊNCIAS SOCIAIS

- 1. O lugar do direito nas sociedades industriais avançadas –
- 2. Duas concepções opostas da função do jurista segundo o distinto tipo de sistema jurídico (fechado ou aberto), a distinta condição da sociedade (estável ou em movimento), a distinta concepção do direito (como sistema autônomo ou dependente) –
- 3. O direito como sistema aberto, em uma sociedade em transformação, e como sistema autônomo –
- 4. A função do jurista comparada à do sociólogo.

1. Nunca, tanto quanto hoje, a ciência jurídica sentiu a necessidade de estabelecer novos e mais estreitos contatos com as ciências sociais. Não é a primeira vez, mas, quando isso acontece, é sinal de que a sociedade atravessa um período de profunda transformação. Refiro-me, por exemplo, ao movimento do direito livre e à descoberta da sociologia jurídica na Alemanha, no final do século passado. O que caracteriza o momento atual dos estudos sobre o direito é o fato de que os juristas estão saindo de seu esplêndido isolamento. Basta ler os escritos mais significativos dos estudiosos da nova geração, sobretudo daqueles que se dedicam a disciplinas menos tradicionais, como o direito do trabalho, o direito comercial ou industrial, para se dar conta disso.

Essa necessidade de ampliar os próprios horizontes é acompanhada pela obscura consciência de que o direito não ocupa mais aquele posto privilegiado que lhe fora atribuído por uma longa tradição no sistema global da sociedade. Os primeiros a destituir o primado do direito – aquele de que ainda gozava perante os grandes reformadores iluministas e que inspirara em Kant a idéia de um Estado segundo o direito e de uma sociedade jurídica universal como meta ideal da história humana – foram, como bem se sabe, aqueles que remontam ao nascimento da sociologia moderna. É desnecessário recordar, uma vez mais, a violenta

polêmica de Saint-Simon contra os legisperitos e a sua predição do advento de uma sociedade governada por cientistas e industriais contra a sociedade arcaica que morria, governada por legisperitos e metafísicos. Tampouco é necessário repetir, uma vez mais, que justamente a Comte coube recomeçar do zero, pela condenação do “fetichismo da lei”, que se tornou, desde então, o grito de guerra dos juristas sociologizantes, e pela afirmação de que “no Estado positivo desaparece irrevogavelmente a idéia do direito”.¹ Algo semelhante ocorreu a outra grande vertente da “ciência da sociedade”, o pensamento marxista. Hegel, mestre de Marx, escrevera, em um dos primeiros parágrafos da *Filosofia do direito*, que “o direito é algo sagrado em geral” (§ 30), enquanto Marx o reduziu a um momento meramente superestrutural da sociedade, ou, para retomar uma célebre frase do *Manifesto*: “... o vosso direito é apenas a vontade da vossa classe elevada a lei”.² Para dizer tudo isso em uma frase sintética, ainda que um pouco simplista, enquanto os escritores iluministas colocavam o direito no centro do estudo das diversas civilizações, andavam à procura da natureza e das linhas de desenvolvimento de um povo no “espírito das leis” e acreditavam que para mudar a sociedade bastava mudar o direito, no século XIX, pouco a pouco, à medida que se tomava consciência da grande mudança histórica produzida pelo advento da sociedade industrial na “sociedade civil”, antes mesmo que na sociedade política, o direito passou a ser considerado cada vez mais um epifenômeno, um momento secundário do desenvolvimento histórico, e visto com desconfiança cada vez maior como instrumento de *mudança social*.

Hoje, observando bem, a crise do primado do direito é ainda mais ampla: não se trata apenas de colocar em dúvida a sua capaci-

¹ Extraio essas duas citações de G. SOLARI, *Positivismo giuridico e politico di A. Comte*, in *Studi storici di filosofia del diritto*, Giappichelli, Turim, 1949, p.385-91.

² K. MARX, F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, parte II, “Proletari e comunisti” (na ed. organizada por Emma Cantimori Mezzomontù, Einaudi, Turim, 1948, p.139) [*O manifesto comunista*, trad. port. Álvaro Pina, São Paulo, Boitempo, 2002].

de influir na mudança social, mas também de destacar os seus limites naquela que é a sua função específica, qual seja, servir como instrumento de *controle social* (no sentido mais estrito da palavra).

Podemos entrever, nas sociedades industriais avançadas, duas tendências que apontam para o sentido de uma redução da função específica do direito como instrumento de controle social:

a) o que caracteriza o direito como instrumento de controle social é, por um lado, o uso de meios coercitivos (a chamada "coação" como elemento distintivo do ordenamento jurídico em relação a outros ordenamentos normativos) e, por outro lado, o uso dos meios coercitivos em função repressiva (entendo por "repressão" o oposto de "prevenção"). Pois bem, ampliando-se a dimensão e o uso dos meios de comunicação de massa (cuja importância, aliás, não pretendo exagerar de modo catastrófico), amplia-se, na sociedade contemporânea, um controle social de tipo diverso daquele tradicionalmente representado pelo direito, um controle não de tipo coativo, mas, sim, persuasivo, cuja eficácia, em última instância, é confiada não à força física, como ocorre em qualquer ordenamento jurídico, mas ao condicionamento psicológico. No limite, pode-se supor um tipo de sociedade em que o condicionamento psicológico dos indivíduos seja tão amplo e eficaz a ponto de tornar supérflua aquela forma de controle considerada, em geral, mais intensa, que é, precisamente, o controle mediante o uso de meios coativos, isto é, o direito. Uma sociedade sem direito não é somente a sociedade livre suposta por Marx, mas também aquela conformista, imaginada por Orwell: o direito é necessário onde os homens não, tal como acontece nas sociedades históricas, nem todos livres nem todos conformistas, isto é, uma sociedade em que os homens precisam de normas (e, portanto, não são livres) e nem sempre conseguem observá-las (e, portanto, não são conformistas);

b) além da formação e do predomínio de um controle social de outro tipo, está em vias de formação, em uma sociedade tecnologicamente avançada, um outro fenômeno de vastas proporções (mesmo que ainda não predominante), destinado, a meu ver, a reduzir o

espaço do controle jurídico, ao menos na forma pela qual ele foi, em geral, exercido até agora. Refiro-me ao fenômeno que denomino, na falta de outra expressão, controle antecipado, ou seja, ao deslocamento da reação social do momento subsequente para o momento precedente ao comportamento ou evento não desejado; da intervenção que tem por figura o *remédio* para a intervenção que vem assumindo a figura de *premunção*. Em outras palavras: da repressão à prevenção. Não que o direito não tenha, mesmo na sua predominante função repressiva, também uma função preventiva, como bem sabem os juristas, devido ao valor intimidativo, e não apenas punitivo, da sanção. Contudo, quando falo aqui de um provável deslocamento da repressão à prevenção da política social das sociedades tecnologicamente avançadas, refiro-me a um fenômeno muitíssimo mais complexo e relevante, isto é, à tendência de utilizar os conhecimentos cada vez mais adequados que as ciências sociais estão à altura de nos fornecer sobre as motivações do comportamento desviante e sobre as condições que o tornam possível com o objetivo não de recorrer às reparações quando ele já houver sido praticado, mas de impedir que ocorra. Hoje, a ciência pode vir, como jamais ocorreu antes, ao encontro da sabedoria popular, a qual ensina que é preciso fechar o estábulo antes que os bois fujam. Pensemos na discussão, atualmente em curso, sobre as enormes possibilidades e imensas vantagens, inclusive econômicas, de uma medicina preventiva: por que curar a doença quando, na esmagadora maioria dos casos, é possível evitar que ela se instale? O mesmo ocorre no campo daquela doença social que é o comportamento desviante: por que disponibilizar um gigantesco aparato para antes individualizar, depois julgar e, finalmente, punir um comportamento desviante, quando se pode modificar as condições sociais de modo a influir nas próprias causas que o determinam? Também neste caso, embora em sentido distinto do caso anterior (da sociedade conformista), uma sociedade na qual, no limite, qualquer forma de desvio é derrotada antes que possa ser realizada é uma sociedade sem direito, ou, pelo menos, sem aquele

aparato judicante e repressivo em que fizemos consistir, por longa tradição, a essência mesma do direito.

2. Essas considerações gerais, e, não hesito em reconhecer, ainda aproximativas, sobre as transformações, não tanto de um determinado direito positivo (que não seria um tema tão incomum), mas do lugar e da função do direito na sociedade, constituem, por si só, uma introdução ao tema em discussão e nos permitem algumas considerações preliminares sobre as razões que tornam inadiável um contato maior entre juristas e cientistas sociais. É evidente que o problema do lugar e da função do direito na sociedade não pode ser enfrentado senão pelo jurista, que deverá sair do próprio casulo.

Todavia, outras razões ainda mais imperativas para esse encontro, podem ser extraídas do interior mesmo do trabalho do jurista. Parto de uma premissa que nem sempre é levada em consideração: não existe *uma única* ciência jurídica (permitam-me, para abreviar, chamar de “ciência jurídica”, ainda que a expressão seja equivocada, a atividade do jurista), mas tantas “ciências jurídicas” quantas são as imagens que o jurista tem de si mesmo e da própria função na sociedade. Nisto o jurista não difere dos demais cientistas sociais: também sobre a sociologia pode-se dizer que ela se modifica segundo as imagens que o sociólogo tem da sua função na sociedade, como o sabem todos os sociólogos. Não é preciso que eu recorde que a chamada crise da sociologia, sobre a qual tanto se fala hoje, depende do papel diferenciado que o sociólogo tem, ou pretende ter, na sociedade da qual é, a um só tempo, espectador e ator.

No que diz respeito à ciência jurídica, creio ser possível distinguir duas imagens típico-ideais da função do jurista, as quais influenciam os diversos modos de conceber a própria ciência jurídica: o jurista como conservador e transmissor de um corpo de regras já dadas, de que é o depositário e guardião; e o jurista como criador, ele mesmo, de regras que transformam – a ele integrando-se e inovando-o – o sistema dado, do qual não é mais apenas receptor, mas também cola-

borador ativo e, quando necessário, crítico. A atividade principal pela qual se executa a primeira função é a *interpretação* do direito; a atividade principal pela qual se exerce a segunda é a *pesquisa* do direito.

Essas duas imagens da função do jurista na sociedade podem depender: *a)* do diferente tipo de sistema jurídico dentro do qual o jurista trabalha (variável institucional); *b)* da diferente situação social em que o jurista desenvolve o próprio trabalho (variável social); *c)* da diferente concepção do direito e da relação direito-sociedade que forma a ideologia do jurista em um dado momento histórico (variável cultural).

Sub a, leva-se em consideração a distinção entre sistema *fechado* e sistema *aberto*. Sistema fechado é aquele em que o direito foi consubstanciado em um corpo sistemático de regras que almejam a completude ao menos potencial; é o sistema no qual as fontes formais do direito são rigidamente predeterminadas, e, entre elas, não se inclui o trabalho do jurista (a *jurisprudencia*, no sentido clássico da palavra, resume-se a um comentário às regras do sistema). Sistema aberto é aquele em que a maioria das regras estão, ou são consideradas, em estado fluido e em contínua transformação; é o sistema no qual não está estabelecida uma linha de demarcação clara entre fontes materiais e fontes formais; é aquele em que ao jurista é atribuída a tarefa de colaborar, com o legislador e com o juiz, no trabalho de criação do novo direito.

Sub b, por "diferente situação social" pretende-se fazer referência à distinção entre uma sociedade estável e uma sociedade em transformação, entre uma sociedade que tende a perpetuar os próprios modelos culturais e uma em que irrompem fatores de transformação que rapidamente tornam inadequados os modelos culturais tradicionais, entre os quais está o conjunto de regras jurídicas transmitidas.

Sub c, chama-se a atenção para a distinção entre a concepção do direito como sistema autônomo ou auto-suficiente em relação ao sistema social, de modo que o trabalho do jurista desenvolve-se inteiramente dentro dele, e sua concepção como subsistema de um

sistema global ou, então, como superestrutura social (segundo a versão marxista da relação direito-sociedade), de modo que cabe ao jurista a tarefa de adaptar o direito vigente à realidade social adjacente ou subjacente.

A esses três pares de variáveis, que podem ser considerados respectivamente independentes ou variadamente dependentes entre si, segundo diferentes pontos de vista, correspondem três modelos antitéticos de ciência do direito: vinculada-livre, conservadora-inovadora, formalista-realista. No caso extremo – puramente hipotético – de um direito em um sistema fechado, em uma sociedade estável, com uma ideologia da autonomia do direito em face da sociedade, a jurisprudência deveria ser vinculada, conservadora e formalista. No extremo oposto, no caso de um direito em um sistema aberto, em uma sociedade em transformação, com uma ideologia do direito como reflexo da sociedade, deveria desenvolver-se o modelo oposto, o de uma ciência do direito livre, inovadora e realista.

A oposição entre essas duas diferentes concepções da função do jurista repercute sobre o distinto modo de identificar e delimitar o objeto da ciência jurídica. De acordo com a primeira concepção, o objeto da ciência jurídica é o conjunto de regras postas e transmitidas que, em um determinado momento histórico, são aplicáveis pelo juiz. Essas regras são entendidas como proposições cujo significado é necessário estabelecer com a máxima precisão. Como se vê, a tarefa do jurista nessa situação não é dar vida a regras novas, mas, sim, indicar quais são as regras existentes e interpretá-las. Nessa situação, é compreensível que assuma importância particular e preliminar a determinação pelo jurista das fontes do direito, isto é, dos critérios com base nos quais é possível distinguir as regras pertencentes ao sistema (ou válidas), e, portanto, aplicáveis pelo juiz, e as regras que não pertencem a ele. Pela determinação das fontes do direito, o jurista estabelece, ademais, o âmbito da própria pesquisa, isto é, delimita o próprio objeto. Uma vez delimitado o objeto, a pesquisa consiste em uma série de operações intelectuais, designadas pelo nome

clássico de interpretação. Com esse termo, inclusive em seu sentido mais amplo, pretende-se denotar, mais uma vez, uma atividade de mero reconhecimento das regras dadas, e não uma atividade também criativa ou crítica. Pertencem à atividade de reconhecimento do sistema dado as quatro atividades seguintes: *a)* determinação do significado das regras (interpretação em sentido estrito); *b)* conciliação das regras aparentemente incompatíveis; *c)* integração das lacunas (entendidas aqui como as lacunas técnicas, e não as ideológicas); *d)* elaboração sistemática do conteúdo das regras, assim interpretadas, conciliadas, integradas.

Uma vez que, com base na segunda concepção da função do jurista, o direito não é um sistema de regras *já postas e transmitidas*, mas um conjunto de regras em movimento, *a serem postas e repropostas* continuamente, o objeto da ciência jurídica deve ser não tanto as regras, isto é, as valorações dos fatos sociais nas quais as regras consistem, mas os próprios fatos sociais dos quais as regras jurídicas são valorações. “Objeto da investigação e da exposição do jurista” – escrevia Rumpf, em 1922 – “não são as normas, mas a vida social enquanto sujeita às normas”. Por “fatos sociais”, entende-se, no sentido mais geral, os fatos de relação interindividual ou *relações sociais* (em especial econômicas), que constituem a matéria das regras jurídicas, os interesses dos indivíduos ou grupos antagônicos, os quais a regra jurídica tem a tarefa de valorar, a fim de resolver os possíveis conflitos, ou os fatos culturais, como os valores sociais dominantes ou dos grupos dominantes, as opiniões morais difusas (moral positiva ou social), os princípios de justiça, de modo mais geral, as ideologias políticas, das quais as regras jurídicas, uma vez que contêm uma determinada valoração dos interesses em jogo, são a expressão. Nessa perspectiva, a principal atividade do jurista não é mais a interpretação de um direito já construído, mas a pesquisa de um direito a ser construído, *in fieri*, não tanto a *convalidação*, com base em uma análise das fontes formais do direito que é, mas a *legitimação*, com base em princípios materiais de justiça, do direito que deve ser.

As sucessivas operações dessa pesquisa são: a) a análise da situação para a qual se quer encontrar a regra ou as regras apropriadas, mediante as técnicas de pesquisa elaboradas e praticadas pelas ciências sociais; b) a análise e o confronto dos diversos critérios de valoração com base nos quais a situação pode ser regulada (fique claro que, entre esses critérios de valoração, estão, também, as regras postas ou as transmitidas); c) a escolha da valoração e a formulação da regra.

3. Das duas imagens da função do jurista anteriormente delimitadas, a predominante, ao menos no universo dos países de estrutura econômico-capitalista e de primazia do regime liberal-democrático, é a segunda. Em relação aos três pares de variáveis indicados, podem ser feitas as observações seguintes.

Sistema fechado ou aberto? Não há dúvida de que um dos aspectos mais interessantes da discussão em torno do direito, nesses anos, é o fato de terem sido questionadas as fontes tradicionais das normas jurídicas, inclusive nos países continentais. Esse questionamento é acompanhado da importância cada vez maior dada às chamadas fontes extralegislativas (ou, até mesmo, extra-estatais). Um dos dogmas do positivismo jurídico em sentido estrito foi que a fonte principal de direito no Estado moderno fosse a lei, isto é, a norma presumidamente geral e abstrata posta por um órgão específica e exclusivamente competente, de acordo com a constituição. Um dos aspectos pelo qual se manifesta a crise do positivismo jurídico é a crescente consciência da emergência de outras fontes do direito, que minam o monopólio da produção jurídica detido pela lei – em uma sociedade em rápida transformação e intensamente conflituosa, como é a sociedade capitalista na atual fase de desenvolvimento. As áreas em que o fenômeno da produção jurídica extralegislativa se manifesta com maior evidência são precisamente aquelas que caracterizam a sociedade industrial, isto é, o direito da empresa e o direito do trabalho e sindical. De resto, não há nada de novo sob o sol: meio

século atrás, falaríamos da revolta dos fatos contra as leis, da emergência de um “direito social” contra o direito do Estado.

É desnecessário recordar que, não apenas no campo da política do direito, mas também da reflexão sobre o direito estabelecido, houve, nesses anos, um despertar do interesse pela atividade criadora do juiz, por meio da distinção entre aquilo que o juiz diz que faz – ou acredita fazer – e aquilo que efetivamente faz, com a afirmação da exigência de um maior empenho do juiz no trabalho de adaptação do direito às mudanças sociais. Contudo, o mais importante é que se chamou a atenção para a função não apenas de reconstrução, mas também normativa do trabalho dos juristas, os quais, segundo a imagem transmitida pela escola do positivismo jurídico, jamais deveriam ter erguido os olhos para além do horizonte do *jus conditum*. Ora, em certas matérias, nas quais se verificou uma prolongada ausência do legislador, como no direito sindical, os juristas não apenas ousaram encarar o *jus condendum*, como também foram eles próprios os conditores do novo jus. E mais: na hierarquia das fontes do direito, o contrato ocupa um lugar ínfimo no ordenamento estatal – o de disciplinador da ação de um número extremamente restrito de sujeitos no âmbito de interesses particularistas. As coisas mudam quando a própria forma de produção normativa por meio de acordo ocorre não mais entre indivíduos, mas entre grandes e poderosas associações, como os sindicatos, e o âmbito da matéria regulada compreende interesses fundamentais e vitais, como as modalidades, os tempos, as condições de trabalho. Em uma sociedade industrial de tipo conflituoso, o contrato coletivo passa a ser, para uma enorme massa de pessoas, uma fonte de regras de importância muito mais vital do que a maioria das leis e leizinhas [leggine]³ emanadas pelos órgãos legislativos. Enfim, não esqueçamos o costume, ainda que aquilo que hoje observamos com atenção cada vez maior seja não tanto o costume

³ As “leizinhas” são leis de poucos artigos, habitualmente aprovadas por comissões parlamentares, e não em sessão plenária pelo Parlamento. (NICOLA ZINGARELLI, *Il Nuovo Zingarelli – vocabolario della lingua italiana*, 12. ed., Bolonha, Zanichelli, 2005). (N.R.)

do que falam os manuais; e, sim, toda forma de produção espontânea – isto é, não posta por autoridade competente –, de regras que o uso e o consenso, na maioria das vezes tácito, dos utentes tornam eficazes, bem mais eficazes que tantas leis formais natimortas, ou mortas devido à sua debilidade ou senescência, ou que caem em uma letargia que é o prelúdio da morte. O jurista torna-se cada vez mais sensível ao fenômeno da “práxis”, onde quer que ela se manifeste, seja no mundo empresarial, sindical, judiciário ou administrativo, vale dizer, a todos aqueles comportamentos efetivos e reiterados à margem de, ou em acréscimo a, ou em contraste com normas formais, que constituem o tecido vinculante de uma instituição e permitem àqueles que dela participam ou desfrutam prever o seu crescimento e agir prudentemente.

Igualmente, acerca da segunda alternativa – sociedade estável ou sociedade em transformação –, a resposta não pode ser dúbia. Mas talvez seja mais difícil apreender as tendências das transformações do direito, isto é, apreender quais são os reflexos das mudanças sociais sobre as mudanças jurídicas. Entre essas tendências, limito-me a indicar três que me parecem particularmente relevantes, e sobre as quais a discussão já foi aberta nos últimos tempos. A primeira é aquela para a qual chamou repetidamente a atenção o economista F. A. Hayek, que, para caracterizar a passagem do Estado liberal clássico para o Estado assistencial, recorreu à distinção entre normas de conduta e normas de organização, afirmando que essa passagem consistiu, do ponto de vista estrutural, em um progressivo aumento das normas de organização em relação às de conduta.⁴ Essa tese pode parecer nada mais que uma formulação diferente da tese bastante conhecida, e nada nova, da progressiva publicização do direito. Contudo, ainda que o próprio Hayek tenda a confundir uma com a outra, elas me parecem distintas, sendo a primeira a mais correta. O fenômeno

⁴ Sobre o tema, remeto o leitor ao ensaio *Do uso das grandes na teoria do direito*, neste mesmo volume.

da publicização do direito refere-se ao crescimento contínuo das funções do Estado se comparado ao Estado agnóstico ou neutro do século passado. O fenômeno do aumento das normas de organização refere-se à formação das grandes organizações tanto no âmbito do Estado quanto no da sociedade civil, isto é, às grandes concentrações de poder na sociedade moderna, das quais o Estado, no sentido específico e restrito da palavra, nada mais é que uma manifestação. A diferença entre normas de conduta e de organização indica não tanto uma diferença entre dois tipos de Estado, mas uma diferença entre duas funções distintas do direito: tornar possível a convivência de indivíduos (ou grupos) que perseguem, cada qual, *fins individuais* e tornar possível a cooperação de indivíduos (ou grupos) que perseguem um *fim comum*.

Para representar, do ponto de vista da mudança jurídica, a passagem do Estado liberal clássico para o Estado assistencial, parece mais útil a individualização da segunda tendência (e, como veremos daqui a pouco, também da terceira). Trata-se, desta vez, da passagem de um controle social fundado predominantemente sobre normas providas de sanção ("se fazes, ou não fazes, x, imputar-se-á a ti a consequência y") para o controle social confiado, na maioria das vezes, a normas técnicas, cuja força deriva da relação meio-fim, isto é, do fato de que praticar ou não praticar certas ações não permite atingir o fim desejado ou imposto. Podemos apontar duas espécies dessas normas técnicas, conforme a norma preveja um determinado meio como necessário para atingir um fim (ou normas instrumentais) ou, então, indique o fim a ser atingido pelo meio mais adequado (normas finais ou, mais simplesmente, *diretivas*). A entrada em campo cada vez mais maciça de normas meramente técnicas está estreitamente ligada ao planejamento e à planificação econômica, e é por isso que a individualização dessa tendência serve melhor do que a anterior para apreender o preeminente aspecto do Estado contemporâneo. Essa diferença, além disso, é tão importante em relação à própria função do direito que, no dia em que se ampliar o campo reservado às nor-

mas técnicas e se tornar cada vez mais marginal o campo das normas penais (em sentido amplo), não deveremos mais falar do direito como instrumento de controle social. Neste caso, seria mais apropriado falar em "direção social". De fato, nos países socialistas, onde a planificação econômica e social é determinante do tipo de sistema político e de ordenamento jurídico depois implementado, já vem ganhando espaço a tendência a inserir a ciência jurídica em um âmbito mais vasto, o da "ciência do direcionamento social".⁵

A terceira tendência é relativa à passagem da função tradicionalmente repressiva do direito para a função promocional. É claro que o Estado assume uma configuração diversa, conforme estabelecer para si objetivos que possam ser alcançados simplesmente pelo desencorajamento dos comportamentos não desejados (em que consiste precisamente a repressão), ou, ainda, pelo encorajamento dos comportamentos desejados (no qual consiste a promoção). Não há dúvida de que os objetivos do Estado assistencial são tais que, para a sua realização, é necessário um trabalho contínuo de estímulo a comportamentos considerados economicamente vantajosos. A diferença entre repressão e promoção passa pelo uso de duas técnicas sancionatórias diferentes, ou seja, a técnica da sanção negativa, no primeiro caso ("se fizeres, ou não fizeres, x, acontecerá algo desagradável a ti"), e a técnica da sanção positiva, no segundo caso ("se fizeres, ou não fizeres, x, acontecerá algo de agradável a ti"). O uso cada vez mais freqüente das denominadas leis de incentivo indica – melhor do que qualquer outra observação que se possa fazer – a atualidade dessa tendência. Já pude fazer notar, em outra oportunidade,⁶ que na constituição italiana há pelo menos uma dúzia de artigos em que se emprega o termo "promover" ou similar, à diferença das constituições mais

⁵ Extraio essas notícias do livro de U. CERIONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Editori Riuniti, Roma, 1969, p. 241 em diante [O pensamento jurídico soviético. Lisboa-Sintra, Europa-América, 1976]. Cfr. também, M. LOSANO, *Giuriscienza*, Einaudi, Turim, 1969, p. 120 em diante.

⁶ No ensaio *A função promocional do direito*, neste mesmo volume.

antigas, em que o termo-chave era “garantir” (e para garantir é preciso reprimir).

Para dar uma resposta à terceira alternativa, o direito como sistema autônomo ou como subsistema do sistema global da sociedade, bastará observar o quanto está em crise, hoje, outra das teses fundamentais da teoria do positivismo, segundo a qual o direito positivo, isto é, o direito a que o jurista unicamente deve prestar contas, é um direito unitário, coerente e completo de normas das quais é possível (e também obrigatório) extrair a solução de qualquer controvérsia (tese da chamada auto-suficiência do sistema normativo); e, ao contrário, o quanto se difundem, inclusive nos países de direito codificado, teorias realistas que voltam sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas e põem o acento, mais que na auto-suficiência do sistema jurídico, nas inter-relações entre sistema jurídico e sistema econômico, entre sistema jurídico e sistema político, entre sistema jurídico e sistema social como um todo. O que distingue a situação presente são exatamente aquelas condições que consideramos particularmente favoráveis à formação de uma ciência do direito antitradicionalista, que busca o próprio objeto, em última instância, não tanto nas regras do sistema dado, mas na análise das relações e dos valores sociais a partir dos quais se extraem as regras do sistema e que, longe de se considerar, como por muito tempo foi, uma ciência autônoma e pura, busca, cada vez mais, a aliança com as ciências sociais, a ponto de considerar a si própria como um ramo da ciência geral da sociedade.

4. De tudo que foi discutido até agora, emerge claramente por que, como se afirmou no início, as relações entre ciência jurídica e ciências sociais tornaram-se cada vez mais estreitas nesses últimos anos. Para retomar a metáfora do “esplêndido isolamento”, a ciência jurídica já não é uma ilha, mas, sim, uma região entre as outras de um vasto continente. A questão de que o jurista deva estabelecer novos e mais profundos contatos com psicólogos, sociólogos, antropólogos,

cientistas políticos tornou-se, especialmente entre os juristas da nova geração, uma *communis opinio* tão difundida que, desejando oferecer indicações bibliográficas precisas, não se saberia por onde começar. Como ponto de referência, podemos retomar a discussão travada há dois anos, na cidade de Ancona, sobre o tema da formação extralegislativa do direito. No discurso de abertura, Giorgio Ghezzi aduzia, como justificativa para que fossem levados em conta os movimentos do direito do trabalho, a consideração de que tal direito é

um dos mais favoráveis pontos de observação para dar-se conta dos resultados a que pode conduzir uma pesquisa não a priori hostil também ao exame do aspecto empírico do fenômeno jurídico e à dimensão de uma possível colaboração interdisciplinar.

Giuseppe Pera falava de "fecunda abertura para a pesquisa sociológica".⁷ Estamos na situação em que cada um dos ramos tradicionais do direito vem descobrindo, ao seu lado, alguma disciplina do comportamento humano que o acompanha como a própria sombra: o direito constitucional descobriu a ciência política (ou a sociologia política); o direito administrativo, a ciência da administração e, de modo ainda mais geral, a sociologia da organização; o direito penal, a sociologia do comportamento desviante, a antropologia criminal, etc; o direito da empresa e o direito do trabalho, além das várias disciplinas econômicas, a sociologia industrial e do trabalho; o direito internacional, aquele conjunto de estudos agora rotulados pelo nome de "relações internacionais". Os civilistas, embora em outros tempos tenham sido os maiores defensores da autonomia da ciência jurídica, os criadores do tecnicismo jurídico, que depois se estendeu para as outras disciplinas jurídicas, movem-se na mesma direção (e algumas vezes parece que estão à frente do movimento). Uma das poucas pesquisas de sociologia jurídica conduzida hoje na Itália diz respeito aos

⁷ *La formazione extralegislativa del diritto nell'esperienza italiana*, in "Foro Italiano", Supplemento do n.1, ano XCV (1970). As duas citações encontram-se, respectivamente, na p.11 e na p.22.

testamentos.⁸ Ninguém pode duvidar da importância que estudos empíricos sobre o casamento na Itália teriam tido, se houvessem sido feitos na atual fase da luta pró e contra o divórcio.

Isso posto, na hodierna tendência sociologizante da ciência jurídica, o que a meu ver talvez seja necessário reiterar é a diferença entre o trabalho do jurista e o do cientista social. De fato, há o risco de o jurista, ao sair de sua ilha, afogar-se no vasto oceano de uma indiscriminada ciência da sociedade. Aproximação não significa confusão. A interdisciplinaridade sempre pressupõe uma diferença entre abordagens diversas. É incrível como se passa facilmente de um extremo a outro, conforme a direção em que sopra o vento: do tecnicismo jurídico ao sociologismo. Entretanto, não obstante toda a ajuda que o jurista pode e deve obter do sociólogo, jurista e sociólogo desempenham duas atividades diferentes. Não há necessidade de confundirmos os materiais de que um e outro podem dispor com o modo pelo qual esses mesmos materiais são utilizados. Pode-se afirmar, ainda que com certa aproximação, que o jurista está para o sociólogo, e em geral para o cientista social, assim como o gramático está para o linguísta. Recorramos à conhecidíssima distinção kelseniana entre ciência jurídica como ciência normativa e sociologia como ciência explicativa, ou à distinção, proposta mais recentemente por Hart, entre ponto de vista interno, que é aquele próprio do jurista, e ponto de vista externo, que é o do sociólogo. A diferença, ainda que nem sempre percebida e continuamente recolocada em questão por falta de clareza ou por desejo de originalidade a qualquer custo, é cristalina.

O problema que o sociólogo e o jurista têm em comum é a relação entre regra e comportamento. Pois bem, o sociólogo usa as regras de comportamento que encontra em seu caminho para explicar por que certos indivíduos se comportam de um certo modo, isto é, utiliza as regras como uma das variáveis do procedimento explica-

⁸ (Refiro-me à pesquisa, publicada nesse espaço de tempo, de V. FERRARI, *Sucessione per testamento e trasformazioni sociali*, Edizioni di Comunità, Milão, 1972).

tivo e eventualmente preditivo a que visa. O jurista usa as mesmas regras para qualificar os comportamentos como lícitos e ilícitos, ou seja, para estabelecer por que se *deve comportar* de um modo em vez de outro. No que concerne à relação entre regra e comportamento, sociólogo e jurista percorrem um caminho inverso: o sociólogo parte geralmente do comportamento para chegar à regra que eventualmente possa explicá-lo; o jurista parte da regra para chegar ao comportamento que seja a realização daquela regra; para se servir de uma regra como critério de explicação e de previsão, basta ao sociólogo que ela seja eficaz; para se servir de uma regra com o escopo de qualificar um comportamento, e, portanto, com escopo prescritivo, é necessário ao jurista que ela também seja válida. Por parte do sociólogo, o comportamento previsto por uma regra é considerado para observar o efeito dela sobre o comportamento; por parte do jurista, para julgá-lo. Para o sociólogo, uma regra é, em relação ao comportamento, relevante ou irrelevante; para o jurista, um comportamento é, em relação à regra, lícito ou ilícito. E poderíamos continuar.

É compreensível que, sendo diversa a perspectiva e, conseqüentemente, diverso também o fim – o fim do sociólogo é descrever como vão as coisas, o fim do jurista é descrever como as coisas devem andar –, diverso é o tipo de operações intelectuais que um e outro desempenham sobre a mesma realidade e que, assim, os caracteriza. Para o sociólogo, a observação dos comportamentos prevalece sobre a interpretação das regras; para o jurista, a interpretação prevalece sobre a observação. E assim por diante. Exatamente porque ciência jurídica e ciências sociais diferenciam-se como perspectivas distintas, apesar da identidade de matéria, explica-se o fenômeno, anteriormente mencionado, da duplicação, pelo qual cada disciplina jurídica tem uma espécie de contra-figura em uma disciplina sociológica e vice-versa; de modo que, desejando continuar a metáfora geográfica, em vez de regiões distintas do mesmo continente, deveríamos falar de mapas distintos, da mesma região, que se integram.

Até aqui, considere o mapa do sociólogo como integração necessária ao do jurista. Para concluir, gostaria de defender uma possível integração em sentido inverso, formulando, sem cerimônia, esta questão: "O que o cientista social pode esperar do jurista?". A atividade do jurista sempre foi "manejar" regras, e entendo por "manejar", no sentido mais amplo, a identificação, a interpretação, a manipulação, a conciliação, a ordenação sistemática, a dedução, até a verdadeira invenção das regras de um sistema. A ciência jurídica acumulou, ao longo dos séculos, um imenso e precioso patrimônio de observações sobre os modos pelos quais as regras de um sistema nascem, vivem e morrem, bem como formulou uma massa enorme de conceitos técnicos úteis à compreensão de como funciona um sistema normativo (ainda que dentro dos limites de uma consideração do sistema jurídico como sistema normativo por excelência) e à definição e classificação dos comportamentos normativos.

Qualquer pessoa que tenha uma certa familiaridade com a literatura sociológica contemporânea tem a impressão de que este patrimônio está sendo pouco, ou em absoluto, utilizado. Isso revela-se mais surpreendente na medida em que a situação era bem diferente na época dos fundadores da sociologia hodierna. Não preciso sublinhar qual foi a contribuição dada pela teoria jurídica à formação de obras fundamentais, tais como as de Tönnies, Durkheim, Max Weber (mas não a de Pareto). Talvez como efeito da importação da sociologia nos Estados Unidos, isto é, um país de cultura jurídica menos avançada e menos proeminente, os sociólogos acabaram por ignorar cada vez mais os juristas: a sociologia foi cada vez mais – perdoem a rude expressão – "desjuridificada". Em uma obra como a de Parsons, embora conceda bastante espaço ao problema do controle social, não há qualquer referência ao direito e não se vêem traços, não obstante as inúmeras oportunidades, de qualquer empréstimo da ciência jurídica. *The structure of social action* (1937) surgiu três anos depois de *Reine Rechtslehre*, de Kelsen; *The social system* (1951) sucede em poucos anos a kelseniana *General theory of law and State*; no entan-

to, Parsons não parece sequer ter ouvido falar de Kelsen, um autor que, aliás, deveria ter-lhe sido essencial, enquanto nem Tönnies nem Durkheim nem Max Weber ignoravam aquela que era, certamente, a maior obra de teoria geral do direito de seu tempo, isto é, *Der Zweck im Recht*, de Jhering.

O que o cientista social pode esperar do jurista é um convite para observar mais atentamente aquelas redes de regras por entre as quais se movimentam os membros de qualquer grupo social, para analisar o fenômeno normativo com aqueles instrumentos de precisão que lhe pode fornecer o jurista. Qualquer sistema social é, em parte, ao menos no que se refere ao fenômeno da institucionalização das relações sociais, constituído por um conjunto de sistemas normativos, entre os quais o mais significativo, e também mais estudado, por obra direta de um grupo profissional de especialistas, é precisamente o sistema jurídico. É surpreendente constatar quantos conceitos-base da teoria geral da sociedade, tais como *status*, papel, expectativa, esfera de permissividade e de obrigatoriedade, sanção (positiva e negativa), instituição, institucionalização, etc. (são conceitos-base, como qualquer um pode ver, extraídos do sistema parsoniano), são também conceitos-base da teoria geral do direito; isso, cabe enfatizar, porque são conceitos fundamentais para descrever um sistema normativo. No entanto, é igualmente surpreendente o quão pouco os sociólogos tenham se dado conta do trabalho feito pelos juristas em torno dos mesmos conceitos. Portanto, não há razão para que, no momento em que o jurista se aproxima do sociólogo, com uma nova e grande curiosidade, este continue considerando o estudo do direito estranho ao seu próprio interesse, seja no nível mais alto – a elaboração de uma teoria geral da sociedade – seja nos níveis mais baixos – a reconstrução de cada um dos institutos. Penso que uma das tarefas da sociologia do direito, que ora está se desenvolvendo na Itália, sobretudo por obra de Renato Treves e da sua Escola, seja também contribuir para um melhor conhecimento recíproco entre sociólogos e juristas.

4 EM DIREÇÃO A UMA TEORIA FUNCIONALISTA DO DIREITO

SUMÁRIO – 1. Predomínio das teorias estruturalistas sobre as teorias funcionalistas na teoria geral do direito – 2. Estrutura e função na teoria do direito de Kelsen – 3. A teoria kelseniana do direito como ordenamento coativo – 4. As sanções positivas na obra de Kelsen – 5. Razões históricas da ampliação das sanções positivas no Estado contemporâneo – 6. Os incentivos e os prêmios como duas formas da atividade promocional do Estado – 7. A crescente importância da ação promocional do Estado coloca em crise a teoria kelseniana do direito como ordenamento coativo? – 8. A ação promocional do Estado incide sobre o modo de entender o direito não do ponto de vista estrutural, mas do ponto de vista funcional.

1. Se aplicarmos à teoria do direito a distinção entre abordagem estruturalista e abordagem funcionalista, da qual os cientistas sociais fazem grande uso para diferenciar e classificar as suas teorias, não resta dúvida de que, no estudo do direito em geral (de que se ocupa a teoria geral do direito), nesses últimos cinquenta anos, a primeira abordagem prevaleceu sobre a segunda.¹ Sem fazer concessões a rótulos, sempre perigosos por mais úteis que sejam, acredito ser possível afirmar com certa tranquilidade que, no seu desenvolvimento posterior à guinada kelseniana, a teoria do direito tenha obedecido muito mais a sugestões estruturalistas do que funcionalistas. Em poucas palavras, aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber “como o direito é feito” do que “para que o direito serve”. A consequência disso foi que a análise estrutural foi levada muito mais a fundo

¹ A insuficiência da abordagem funcionalista nas teorias mais atuais do direito é realçada por B. LE BARON, *What is law? Beyond Scholasticism*, in *Le raisonnement juridique. Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie social*, Bruxelas, 30 de agosto – 3 de setembro de 1971, Nauwelaerts, Lovanio, 1971, p.73-83. Mas não fica claro por que o autor denomina a abordagem tradicional uma forma de “scholasticism”.

do que a análise funcional. Herbert L. A. Hart, autor da obra de teoria do direito que alcançou os maiores consensos aquém e além do Oceano Atlântico nos últimos anos, parte de uma análise das carências funcionais dos ordenamentos primitivos para culminar em uma determinação do conceito de direito – o ordenamento jurídico é um composto de normas primárias e secundárias –, no qual o estruturalismo celebra os seus próprios triunfos. É verdade que, em Hart, análise funcional e análise estrutural estão estreitamente ligadas: o ordenamento jurídico é assim construído, isto é, tem aquela determinada estrutura, porque, apenas enquanto assim construído, elimina as carências funcionais dos ordenamentos primitivos. A estrutura específica do ordenamento jurídico desempenha uma função específica, que é assegurar certeza, mobilidade e eficácia ao sistema normativo. Entretanto, permanece o fato de que aquilo que caracteriza os ordenamentos normativos que de hábito denominamos jurídicos é precisamente o modo pelo qual são “estruturados”.

Na obra de Kelsen, não só análise funcional e estrutural estão declaradamente separadas, como esta separação é a base teórica sobre a qual ele funda a exclusão da primeira em favor da segunda. Como todos sabem, para o fundador da teoria pura do direito, uma teoria científica do direito não deve se ocupar da função do direito, mas tão-somente dos seus elementos estruturais. A análise funcional é confiada aos sociólogos e, talvez, aos filósofos. O movimento em direção ao estudo da estrutura do ordenamento jurídico foi favorecido por uma rígida divisão do trabalho entre juristas (que observam o direito a partir de seu interior) e sociólogos (que o observam a partir do seu exterior). A distinção hartiana entre ponto de vista externo e interno, que dá tanto pano para a manga aos seus intérpretes, pode ser considerada como uma justificação daquela divisão do trabalho entre sociólogos e juristas, que em Kelsen, ao contrário, fundava-se sobre o dualismo entre esfera do ser e do dever ser, entre leis naturais e normas jurídicas, entre relação de causalidade e de imputação. Que a teoria pura do direito se ocupe da estrutura, e não da função do

direito, é algo que Kelsen declara explicitamente em inúmeras ocasiões. Em polêmica com os teóricos soviéticos do direito, os quais, definindo o direito em função dos interesses da classe dominante, conferem-lhe uma definição funcional, Kelsen reitera energicamente seu ponto de vista:

*Esta doutrina [a doutrina pura do direito] não considera (...) o objetivo que é perseguido e alcançado pelo ordenamento jurídico, mas tão-somente o ordenamento jurídico em si mesmo; e considera este ordenamento na autonomia normativa própria da sua estrutura, e não em relação a este seu objetivo.*²

De resto, qualquer pessoa que tenha certa familiaridade com as obras de Kelsen sabe que nelas não há lugar (ou não deveria haver) para as definições teleológicas dos conceitos-chave da teoria do direito, e que seu esforço para finalmente oferecer aos juristas uma teoria científica do direito consiste precisamente em fornecer definições formais desses conceitos, começando pelo conceito de norma jurídica e terminando com o de ordenamento jurídico.

Hoje podemos olhar com uma certa intolerância para o furor antiteleológico de Kelsen e dos kelsenianos. Contudo, não devemos esquecer que a busca do objetivo ou dos objetivos do direito era a brecha pela qual as mais contrastantes ideologias entravam na teoria do direito. Circunscrever a tarefa de uma teoria do direito à análise estrutural era um modo de salvaguardar a pesquisa teórica da intrusão dos juízos de valor e de evitar a confusão entre o direito positivo – o único objeto possível de uma teoria científica do direito – e o direito ideal. Entre as intenções de Kelsen estava a *condition sine qua non* para a fundação de uma teoria científica do direito. “Como ciência” – cabe enfatizar, “como ciência” – “a doutrina pura do direito”, escreve Kelsen, “vê-se obrigada a tão-somente compreender o direito positivo na sua essência e a entendê-lo mediante uma

² *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, F. Deuticke, Viena, 1934, p.33 [Teoria pura do direito, trad. port. Fernando de Miranda, São Paulo, Saraiva, 1939]. Citado de agora em diante como RRL I.

análise da sua estrutura”.³ Na obra de Kelsen, a construção da teoria pura do direito, voltada exclusivamente para a análise dos elementos estruturais do universo jurídico, avança *pari passu*, como é bem sabido (e, mesmo assim, tão freqüentemente esquecido), com a crítica ideológica às teorias alheias. A análise estrutural não serve apenas para salvaguardar a teoria do direito das contaminações ideológicas, mas também permite desmascarar tomadas de posição política que se alojam nos conceitos tradicionais aparentemente neutros da ciência do direito.

2. Kelsen não incide no mesmo erro de Stammler, que provocou uma crítica bastante severa de Max Weber, de confundir a análise formal do direito, como premissa para uma teoria científica e completamente desideologizada do direito, com a concepção do direito como forma de relações sociais, em particular das relações econômicas. É necessário reconhecer, no entanto, que uma coisa é dizer que o direito como ordenamento normativo tem uma estrutura própria, que é tarefa da teoria geral do direito individualizar e descrever, outra coisa é dizer que o direito *é*, e *nada mais é*, do que uma estrutura das relações sociais. A primeira concepção limita-se a separar a análise estrutural da análise funcional, considerando apenas a primeira como objeto de uma teoria pura do direito. A segunda não pode conceber uma análise funcional distinta da estrutural pelo simples fato de que confunde a estrutura com a função, sustentando que o direito tem uma função na qualidade de uma estrutura das relações sociais.

É verdade que Kelsen, com a intenção de construir a teoria pura, jamais se ocupou, exceto marginalmente, dos problemas relativos ao aspecto funcional do direito. Mas isso não significa que com eles não tenha se preocupado de modo algum. Do ponto de vista funcional, como se sabe, o direito é, para Kelsen, “uma técnica específica da organização social”: sua especificidade consiste no uso dos meios

³ RRL 1, p.17.

coercitivos para induzir os membros do grupo social a fazer ou a não fazer alguma coisa. O direito é um "ordenamento coativo". Aquilo que é comum a todos os ordenamentos sociais, que habitualmente qualificamos jurídicos, é a presença de uma organização, mais ou menos centralizada, para obter dos associados determinados comportamentos, recorrendo, em última instância, à força. Na terminologia própria dos sociólogos, a qual, aliás, Kelsen não utiliza, o direito é uma das formas possíveis de controle social, especificamente, é a que se funda no uso da força.

O que distingue essa teoria funcional do direito de outras é que ela expressa uma concepção meramente instrumental do direito. A função do direito na sociedade não é mais servir a um determinado fim (aonde a abordagem funcionalista do direito resume-se, em geral, a individualizar qual é o fim específico do direito), mas a de ser um instrumento útil para atingir os mais variados fins. Kelsen não se cansa de repetir que o direito não é um fim, mas um meio. Precisamente como meio ele tem a sua função: permitir a consecução daqueles fins que não podem ser alcançados por meio de outras formas de controle social. Quais são, afinal, esses fins, é algo que varia de uma sociedade para outra: trata-se de um problema histórico que, como tal, não interessa à teoria do direito. Uma vez estabelecido o objetivo ou os objetivos últimos que um grupo social propõe para si, o direito exerce e exaure a sua função na organização de um meio específico (a coação) para obter a sua realização.

Que posteriormente Kelsen tenha permanecido sempre fiel a essa concepção instrumental do direito é uma outra discussão. Parece difícil subtrair o direito, entendido como grande máquina para o exercício da coação, a toda e qualquer interpretação teleológica, se não por outros motivos, porque entre todos os possíveis fins de um grupo social há um que é mínimo, ou comum, para cuja consecução a técnica social específica que é o direito apresenta-se não apenas como preferível, mas, sobretudo, como necessária: a ordem ou a paz social. Se admitimos que o direito pode servir para atingir

os mais diversos fins, e, ao mesmo tempo, se admitimos que o fim da ordem só pode ser atingido pelo direito, este não é apenas um meio, mas *tem* um fim, ou melhor, é um meio específico para um fim específico. Não obstante todos os preconceitos antiteleológicos, não obstante as repetidas afirmações do postulado de que o direito é um meio, e não um fim, Kelsen deixa escapar, em uma passagem de *General theory of law and State*, a afirmação de que “o direito é indubitavelmente um ordenamento para a promoção da paz”.⁴ Ele chega a essa interpretação teleológica do direito por um raciocínio deste tipo: para agir como ordenamento coativo, o direito precisa organizar o monopólio da força; este monopólio serve para evitar o uso indiscriminado dela, isto é, para discriminar quem está autorizado e quem não está autorizado a utilizá-la; se definimos a paz como a situação em que a força não é utilizada ou é utilizada o mínimo indispensável, devemos concluir que “o direito assegura a paz da comunidade”.⁵ Apesar de ter se apressado em especificar que a paz assegurada pelo direito é uma paz relativa, e não absoluta, uma vez que priva singularmente os indivíduos, e não a comunidade inteira ou aqueles que a representam, do poder de usar a força, não pôde evitar a conclusão de que “o estado de direito (...) é essencialmente um estado de paz”.⁶

Parece provado que esse parágrafo da obra americana pudessem parecer a Kelsen uma concessão, talvez excessiva, a uma interpretação teleológica do direito, visto que, na segunda edição de *Reine Rechtslehre*, quinze anos posterior, nesse mesmo ponto do tratado, ele advertiu, em uma nota, ter introduzido uma “não leve”⁷ modificação na sua concepção das relações entre direito e paz. A modifica-

⁴ *General theory of law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1945, p.21 [*Teoria geral do direito e do Estado*, 5. ed., trad. port. Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2005]. Citado de agora em diante como GTLS.

⁵ GTLS, p.21.

⁶ GTLS, p.23.

⁷ *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Viena, 1960, p.40 [*Teoria pura do direito*, 6. ed., trad. port. João Baptista Machado, 1998]. De agora em diante citado como RRL 2.

ção consiste na substituição do conceito de paz pelo de "segurança coletiva". Kelsen deriva este conceito do estudo de um ordenamento como o internacional, que, embora seja um ordenamento jurídico, é menos organizado, comparado ao ordenamento estatal. Desejando incluir na categoria dos ordenamentos jurídicos também um ordenamento primitivo, como o internacional, o conceito de paz parece demasiado específico. Nos ordenamentos jurídicos primitivos, fundados no princípio da autotutela, Kelsen considera não ser possível "falar seriamente de uma pacificação, ainda que apenas relativa, da comunidade jurídica", mas apenas daquele estado que "visa à paz" sem, no entanto, atingi-la, que é o estado de segurança coletiva. Pode-se falar de paz como fim do direito apenas a propósito de ordenamentos fortemente centralizados, como é o do Estado moderno. Concluindo: "Não se pode com razão considerar que o estado de direito seja necessariamente um estado de paz" – como afirmara na obra anterior – "e que assegurar a paz seja uma função essencial do direito. Pode-se considerar apenas que o desenvolvimento do direito tem esta tendência".⁸

A substituição do conceito de paz pelo de segurança coletiva faz com que retroceda um passo o fim mínimo do direito, mas não o elimina; torna-o mais vago, menos específico, mas não o suprime. Em relação à paz, a segurança coletiva é um meio ("visa à paz"), mas em relação ao direito, definido como ordenamento da força, é um fim. Assim como a segurança coletiva visa à paz, o direito, como ordenamento coativo, visa à segurança coletiva. No exato momento em que se afirma que o direito garante pelo menos a segurança coletiva, quando não a paz, o fim, um certo fim, torna-se um elemento da definição funcional do direito. Uma vez mais o direito não apenas é um meio adequado para qualquer fim, mas tem, ele mesmo, um fim próprio e específico.

⁸ RRL 2, p.40.

3. É possível deixar em aberto a questão sobre quais seriam os fins do direito e se o direito teria um fim específico. Do ponto de vista funcional, a principal tese de Kelsen é que o direito é uma técnica específica de organização social, e esta técnica específica resume-se na organização do aparato coativo. Contudo, ainda que exposta com o rigor e a clareza conceitual próprios de toda a obra kelseniana, essa tese não é, em absoluto, original: é a tese dominante da teoria positivista do direito, da qual, de resto, Kelsen se professa seguidor. Em *Reine Rechtslehre*, ao apresentar a discussão sobre a coação, não hesita em advertir que “neste ponto, a doutrina pura do direito continua a tradição da teoria positivista do direito do século XIX”.⁹ A coação como a forma de ação específica do direito na sociedade fora um dos principais temas da grande obra de Rudolf [von] Jhering, *Der Zweck im Recht*. Parece haver um eco da leitura da obra de Jhering na passagem em que Kelsen, distinguindo as penas das recompensas, acrescenta que “a técnica da recompensa desempenha um papel significativo apenas nas relações privadas dos indivíduos”.¹⁰

Quando eu dizia, no início, que a análise estrutural do direito fez mais progressos depois de Kelsen e também por obra de Kelsen do que a análise funcional, referia-me especificamente ao fato de que, enquanto a análise estrutural introduziu e elaborou um conceito como o de ordenamento dinâmico, o qual nenhuma teoria do direito, burguesa ou proletária, pode dispensar, a análise funcional permaneceu estacionada no conceito de ordenamento coativo, isto é, em um conceito do direito que não parece de todo adequado para representar a complexidade e a multiplicidade de direções do direito em uma sociedade moderna, parecendo não se dar conta das grandes transformações que uma sociedade industrial implica, inclusive em relação às várias formas de controle social. O problema é muito grave e não pretendo resolvê-lo. Já chamei a atenção, em ensaios

⁹ *RRL* I, p. 25.

¹⁰ *GTLS*, p. 18.

anteriores, para o fenômeno que denominei a “função promocional” do direito na sociedade contemporânea.¹¹ Aqui, retomo o tema, relacionando-o com a teoria kelseniana do ordenamento jurídico como ordenamento coativo.

Como bem se sabe, a teoria kelseniana do direito como ordenamento coativo sustenta-se, principalmente, na afirmação de que o direito é composto por normas cuja característica não é prescrever comportamentos (e muito menos autorizá-los), mas, sim, estabelecer um nexó de imputação entre o ilícito e a sanção. Muito mais do que no conceito de dever (*obbligó*), sobre cujo primado Kelsen insiste, sobretudo polemicamente, contra as teorias do primado do direito subjetivo, a teoria do direito como ordenamento coativo fundamenta-se no conceito de sanção: em relação a este conceito, o de dever é um conceito derivado. Antes de tudo, é bastante significativo que, enquanto Kelsen consegue dar uma definição rigorosamente formal ao conceito de dever, afirmando que um comportamento pode ser chamado de devido “apenas se uma norma jurídica atribui um ato coercitivo como sanção ao comportamento oposto”,¹² ele não pode evitar dar ao conceito de sanção uma definição funcional. Quando afirma que “as sanções são dispostas pelo ordenamento jurídico para obter um dado comportamento humano que o legislador considera desejável”,¹³ faz com que saibamos não qual é a estrutura normativa da sanção, mas, sim, para que a sanção serve. Naturalmente, as sanções das quais se vale um ordenamento coativo – um ordenamento que tende, portanto, a atingir o próprio objetivo recorrendo também à força para induzir os associados a fazer ou não certas coisas – são, e só podem ser, as sanções negativas. Na obra kelseniana, o nexó entre coatividade do direito e uso das sanções negativas é estreitíssimo. A expressão mais freqüente por meio da qual Kelsen indica as sanções

¹¹ Nesse mesmo volume, p.1-21, 23-32.

¹² *RRL* 2, p.120.

¹³ *GTLS*, p.50.

jurídicas é “atos coercitivos”: um ato coercitivo como sanção (há também atos coercitivos que não são sanções) é, e não pode deixar de ser, uma sanção negativa. Sanções negativas típicas do direito são, para Kelsen, os dois atos coercitivos da pena e da execução forçada. Em suma, o caráter, próprio do direito, de ordenamento coativo depende do fato de que as sanções às quais recorre são sanções negativas: “um ordenamento social que busca obter dos indivíduos o comportamento desejado mediante a emanção de tais medidas de coerção” – as quais são precisamente as sanções negativas –, “é definido como ordenamento coercitivo”.¹⁴

É exatamente como ordenamento coativo, que recorre a sanções negativas para condicionar os comportamentos dos indivíduos, que o ordenamento jurídico se diferencia, segundo Kelsen, seja dos ordenamentos que não contam com a sanção, mas com a obediência voluntária, seja dos ordenamentos que se valem de sanções positivas. Portanto, Kelsen reconhece a diferença entre sanções negativas e positivas, mas afirma explicitamente que o direito se vale das primeiras, e não das segundas, e que, aliás, este uso é um de seus traços distintivos. Quais seriam os ordenamentos fundados exclusivamente sobre sanções positivas, se existem ou se existiram, Kelsen, a bem da verdade, não diz. Limita-se a observar genericamente que “o ordenamento pode atribuir algumas vantagens à sua observância e algumas desvantagens à sua não-observância, fazendo, portanto, do desejo pela vantagem prometida e do temor pela desvantagem ameaçada, um motivo de comportamento”,¹⁵ isto é, limita-se a colocar no mesmo plano o princípio da recompensa e o da pena, mas apenas conceitualmente, uma vez que se trata de duas manifestações do mesmo princípio de retribuição. O que, no entanto, Kelsen diz muito claramente, e sem qualquer suspeita de que se possa também sustentar o contrário, é que, dos dois princípios, na prática, o da pena

¹⁴ *GTLS*, p.18.

¹⁵ *GTLS*, p.15.

tem sido, de longe, mais aplicado que o da recompensa. “É bem digno de nota” – observa ele – “que das duas sanções aqui apresentadas como típicas” – a desvantagem ameaçada para o caso de desobediência (punição no sentido mais amplo do termo) e a vantagem prometida para o caso de obediência (a recompensa) – “a primeira assume na realidade social um papel muito mais importante do que a segunda”.¹⁶ Dos dois ordenamentos sociais que ele leva em consideração, aquele fundado em sanções transcendentais e aquele fundado em sanções imanentes, nenhum faz um uso determinante das sanções positivas. Antes, a idéia de que as sanções negativas são mais importantes do que as positivas “não se manifesta apenas no fato de que o ordenamento social de longe o mais importante, o direito, usa essencialmente esta sanção” – a negativa –, “mas aparece também com particular evidência lá onde o ordenamento social ainda tem um caráter puramente religioso, ou seja, é garantido por sanções transcendentais”.¹⁷ A partir dessa observação histórica, Kelsen é, então, induzido a afirmar que

*prêmio e pena podem ser incluídos no conceito de sanção, porém, comumente se designa como sanção não o prêmio, mas, sim, a pena, isto é, um mal (...) infligido como consequência de um certo comportamento.*¹⁸

Convém acrescentar que Kelsen acreditara poder extrair a confirmação dessa idéia da ampla e documentadíssima pesquisa conduzida naqueles mesmos anos sobre os sistemas normativos primitivos. Embora reconheça que, conceitualmente, o princípio de retribuição preside tanto à troca do bem pelo bem quanto à troca do mal pelo mal, tanto ao prêmio quanto à pena, acreditara poder afirmar, com base em experimentos etnológicos, que “das duas funções do princí-

¹⁶ GTLS, p.17. Cfr., também, RRL 2, p.31.

¹⁷ RRL 2, p.31.

¹⁸ RRL 2, p.26.

pio de retribuição – a punição e a recompensa – a última começa a adquirir importância apenas pouco a pouco”.¹⁹ E, com efeito, o material etnográfico que compõe o livro diz respeito quase exclusivamente a casos de retribuição negativa.

4. As únicas duas referências um pouco mais específicas que Kelsen faz ao uso das sanções positivas mostram que ele tem uma idéia bem enraizada (recebida da tradição) da irrelevância delas para o direito.

A primeira referência está na passagem, já recordada, de inspiração provavelmente jheringuiana, em que Kelsen afirma que “a técnica da recompensa desempenha um papel significativo apenas nas relações privadas dos indivíduos”.²⁰ Como se sabe, Jhering distinguira duas alavancas fundamentais do comportamento social egoísta, a recompensa e a coação, e inserira a primeira na esfera das relações econômicas (*Verkehr*) e a segunda na esfera do direito e do Estado. Não é muito difícil descobrir as razões históricas e, reflexamente, ideológicas dessa distinção. A idéia de que a tarefa do Estado (e, de modo correlato, do direito, uma vez que Estado e direito eram considerados fenômenos interdependentes) fosse, exclusivamente, organizar o aparato da coação estava ligada à concepção limitativa ou, como se costumava dizer, até mesmo negativa do Estado, que foi própria às várias correntes do liberalismo clássico e da qual a subtração da atividade econômica à ingerência do Estado, a “privatização” da economia (“as relações privadas dos indivíduos”, mencionadas por Kelsen), era um dos aspectos essenciais. Sobre essa idéia limitativa do Estado como aparato coativo vinha se formando a ideologia do Estado de Direito, entendendo-se Estado de Direito não apenas o Estado limitado *pelo* direito, mas também o Estado limitado *ao* direito, e, por “direito”, nessa segunda acepção de “Estado de Direito”,

¹⁹ *Society and Nature. A sociological inquiry*. Kegan Paul, Londres, 1946, p.60.

²⁰ *GTLS*, p.18.

um ordenamento normativo coativo voltado teleologicamente para a tutela das liberdades fundamentais, in primis, da econômica. Na distinção jheringuiana entre organização das relações econômicas, presidida pela mola do ganho, e organização das relações jurídicas, presidida pela força da coação, transparecia claramente a distinção entre uma esfera de relações naturais, que deveriam expandir-se livremente enquanto não se tornassem socialmente nocivas, e uma esfera de relações reguladas coativamente pela autoridade política dominante e, portanto, em certo sentido, artificiais ou convencionais. Depois de ter definido a esfera econômica (Verkehr) como “a organização que tende a assegurar a satisfação das necessidades humanas servindo-se da alavanca do ganho”, Jhering acrescentara que “esta organização é, como talvez nenhum outro fragmento do mundo humano, o produto natural do livre desenvolvimento dos objetivos”.²¹

Vale ressaltar que Kelsen não aceita esse modo de entender o Estado de Direito; antes, mostra inúmeras vezes a sua natureza ideológica (para ele qualquer Estado é, pelo simples fato de ser um Estado, isto é, um ordenamento coativo, Estado de Direito). Além disso, estudando a realidade do Estado contemporâneo, dá-se conta perfeitamente, como veremos melhor daqui a pouco, da enorme importância que a atividade econômica dirigida pelo Estado assumiu nas sociedades em processo de industrialização. Mas não chega a questionar que o Estado desenvolve a própria função de condicionar o comportamento alheio para obter certos efeitos desejados ou para impedir certos efeitos indesejados apenas pelo mecanismo das sanções negativas: ter relegado o fenômeno das recompensas à esfera das relações privadas é uma prova disso.

²¹ R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, Breitkopf und Härtel, Lipsia, 1884, tomo 2, p.97 [*A finalidade do direito*, trad. port. José Antônio Faria Correa, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979; *A finalidade do direito*, 2 vols., trad. port. Herder K. Hoffmann, Campinas, Bookseller, 2002]. O destaque é do autor. Para a relação entre esfera econômica e intervenção legislativa, cfr. p.136 em diante. Na trad. it., já citada, o trecho mencionado no texto encontra-se na p.82.

A outra referência é ainda mais significativa. Na segunda edição de *Reine Rechtslehre*, observa que “os ordenamentos jurídicos modernos contêm, por vezes, normas que, para certos méritos, prevêem prêmios”. Contudo, quando, em seguida, sente a necessidade de nos explicar em que consistem tais normas, dá o habitual exemplo escolar dos “títulos” e das “medalhas”.²² Também Jhering, embora considerasse a recompensa como uma das duas alavancas da mecânica social, ao falar das sanções positivas do direito, circunscrevera a discussão em torno das honrarias, isto é, daquele tipo de recompensa que, para distinguir da recompensa econômica ou real, denominara “ideal”, reiterando, assim, a tese de que, se era lícito falar no direito de sanções positivas, estas eram tão-somente as que diziam respeito não ao interesse econômico, mas à reputação. Jhering, aliás, acrescentara que, enquanto era possível encontrar, no direito romano, sanções positivas jurídicas (isto é, produtoras de um verdadeiro direito subjetivo, suscetível de se fazer valer mediante uma ação processual), no direito moderno, as várias formas de recompensa para o mérito não tinham qualquer valor jurídico. “Elas não são coisas do direito” – precisou ele – “mas da graça soberana”.²³ Certamente, se não há outras sanções positivas senão os títulos e as medalhas, se o direito recorre à técnica das recompensas apenas quando se trata de dar um reconhecimento meramente honorífico ao funcionário depois de cinquenta anos de honrosa carreira, ou ao cidadão que salvou uma mulher do incêndio, Kelsen tem perfeita razão em dizer que as sanções positivas “têm uma importância secundária no interior destes sistemas que funcionam como ordenamentos coercitivos”.²⁴

Longe de mim a idéia de inverter a tese tradicional, sustentando que as sanções positivas são tão importantes quanto as negativas. No entanto, é realmente verdade que no ordenamento estatal, em

²² RRL 2. p.35.

²³ *Der Zweck im Recht*, cit., p.183. Na trad. it., p.141.

²⁴ RRL 2. p.35.

especial no do Estado moderno, são sanções positivas apenas os títulos e as medalhas? Títulos e medalhas tocam a esfera da reputação, e a ela correspondem, na vertente oposta das sanções negativas, as marcas da infâmia, das degradações, das inscrições sobre a certidão de antecedentes criminais, etc. A reputação é certamente um bem do homem social, mas na opinião de muitos (e pelo efeito de intimidação ou de estimulação que uma sanção deve ter, a opinião é importante) não é um bem tão grande quanto a propriedade, a liberdade ou a vida, as quais o ordenamento jurídico leva particularmente em consideração quando quer condicionar fortemente o comportamento dos indivíduos. Do ponto de vista do bem social ao qual fazem referência, títulos e medalhas correspondem às formas mais brandas de sanção, como são exatamente a aprovação e a desaprovação social, que costumam ser consideradas próprias de ordenamentos menos rígidos e organizados do que o ordenamento jurídico. Talvez se possa afirmar que títulos e medalhas são uma forma institucionalizada de aprovação social. Como tais, distinguem-se das sanções negativas do direito, uma vez admitido que as sanções negativas jurídicas atingem bens essenciais como a propriedade, a liberdade e a vida, não tanto por serem positivas, mas porque possuem grau menor de intensidade e, de qualquer forma, uma vez que a intensidade é difícil de ser medida, envolvem uma ordem de motivações completamente diferente.

Indagando se sanções jurídicas positivas são apenas os títulos e as medalhas, colocamo-nos o seguinte problema: se porventura, existem ou podem existir, nos ordenamentos jurídicos atuais, sanções positivas que servem de alavanca para a atração que, geralmente, bens diferentes da reputação, como são, por exemplo, os bens econômicos, têm sobre os indivíduos.

5. Parto da distinção estabelecida por Jhering, que repercutiu em Kelsen, entre a esfera das relações econômicas, na qual a alavanca predominante e caracterizadora da conduta é a recompensa, e a esfe-

ra das relações político-jurídicas, na qual a alavanca predominante e caracterizadora é a coação. Essa distinção está vinculada à imagem de uma sociedade em que a atividade econômica primária, a atividade da produção dos bens, cabe sobretudo aos particulares, enquanto ao Estado compete essencialmente a organização da força, isto é, a produção de um serviço indispensável à coexistência, à coesão, à integração do grupo social. Essa imagem jamais correspondeu à realidade, nem mesmo nos momentos de maior expansão econômica da sociedade civil ou burguesa (que é, simultaneamente, também a sociedade privada ou das relações privadas). Entretanto, desde que o Estado estendeu suas atividades para a produção de outros serviços, além da organização da coação, e provê, direta ou indiretamente, também a produção de bens, aquela imagem certamente passou a ser falsa. Se ela é falsa, surge a suspeita de que também a separação entre as recompensas e as penas em dois campos distintos, à qual se religa aquela imagem, deva ser revista. Se é verdade, de fato, que a recompensa é o meio usado para determinar o comportamento alheio por aqueles que dispõem das reservas econômicas, a isto segue que o Estado, à medida que dispõe de recursos econômicos cada vez mais vastos, venha a se encontrar em condição de determinar o comportamento dos indivíduos, não apenas com o exercício da coação, mas também com o de vantagens de ordem econômica, isto é, desenvolvendo uma função não apenas dissuasiva, mas também, como já foi dito, promocional. Em poucas palavras, essa função é exercida com a promessa de uma vantagem (de natureza econômica) a uma ação desejada, e não com a ameaça de um mal a uma ação indesejada. É exercida, pois, pelo uso cada vez mais freqüente do expediente das sanções positivas.

Quando se ocupa da administração do Estado, Kelsen tem o cuidado de distinguir a administração indireta da direta. Mas nem uma nem outra cobre o fenômeno do direito promocional. A administração indireta pode ser remetida à atividade jurisdicional, no sentido de que

*do ponto de vista técnico, o objetivo do Estado é perseguido pelo aparato administrativo da mesma forma que o dos tribunais, uma vez que se busca atingir o Estado socialmente desejado. isto é, considerado como tal pelo legislador, mediante a reação contra o seu oposto por meio de um ato coativo imposto por órgãos estatais.*²⁵

A atividade direta pode ser remetida à atividade econômica dos particulares, com a única diferença de que os destinatários dos deveres derivados das normas secundárias não são indivíduos particulares, mas funcionários públicos. Entende-se que ambas as formas de atividade estatal podem ser descritas, do ponto de vista do direito, como ordenamento coativo – a primeira, porque ela própria, como atividade jurisdicional, é parte desse aparato; a segunda, porque, como a atividade dos particulares, é regulada por normas cuja violação é a condição para que o aparato da coação entre em funcionamento. Para esclarecer a diferença entre essas duas formas de administração estatal, Kelsen usa como exemplo a estrada pública, cuja manutenção pode ser confiada aos usuários ou aos funcionários públicos.²⁶ A diferença consiste no fato de que, no primeiro caso, os destinatários do dever [obblig] são os cidadãos, e no segundo, os funcionários públicos. Contudo, em ambos os casos podemos falar de dever [obblig] jurídico, se este se afigura como aquele comportamento cujo oposto é a condição para a imputação de uma sanção. Esse exemplo é interessante, porque mostra muito bem que Kelsen, ao registrar o fenômeno da produção por parte do Estado, além de normas jurídicas, também de outras atividades genericamente sociais ou, mais especificamente, econômicas, limita-se a observar o fenômeno do Estado produtor em si mesmo, e não o fenômeno, relevante para o estudo das sanções positivas, do Estado que provoca, promove ou solicita a produção alheia por meios diferentes das sanções negativas. Permanecendo no mesmo exemplo, diríamos que, no âmbito da

²⁵ *IKL* I, p.80. Cfr., também, *RRL* 2, p.268.

²⁶ *IKL* 1, p.279.

produção de bens e serviços, o Estado tem, claro que em acréscimo à tarefa de deixar fazer – algo que, no momento, não vem ao caso –, apenas estas duas alternativas: mandar fazer mediante imposição de sanções negativas ou fazer ele mesmo (que é, afinal, mandar fazer aos seus próprios funcionários). O que escapa a essas duas alternativas é a situação, cada vez mais freqüente, em que o Estado manda fazer não ameaçando, mas prometendo, não desencorajando, mas encorajando. Para ser mais preciso, é a situação em que o Estado não exerce uma função repressiva, mas, sim, promocional.

Com respeito à relação que o Estado pode ter com a atividade econômica, a outra grande distinção elaborada pelos juristas, e mesmo por Kelsen, em muitos lugares, é aquela entre Estado liberal e Estado socialista: do ponto de vista estritamente jurídico, de uma teoria estrutural do direito como a teoria pura, os dois tipos de Estado são diferentes no que se refere às diferentes formas, ou melhor, aos diferentes graus específicos da produção jurídica. O Estado liberal caracteriza-se por uma esfera muito ampla de autonomia privada, isto é, por uma esfera de comportamentos que são regulados por aquela forma específica de produção normativa que é o negócio jurídico, em particular, o contrato. Conforme se passa do Estado liberal para o social e, depois, socialista, o negócio jurídico como forma de produção normativa é substituído pelo ato administrativo. Kelsen reconhece abertamente que

isto que nós denominamos direito privado é, do ponto de vista da função (...), apenas a forma jurídica particular da produção econômica e da distribuição dos produtos que corresponde ao ordenamento econômico capitalista.

e, em seguida, especifica que

*para um ordenamento econômico socialista seria adequada uma outra forma jurídica, uma forma jurídica heterônomo-autocrática, mais próxima do nosso direito administrativo.*²⁷

²⁷ RRL 1, p.114. Cfr., também, RRL 2, p.287.

Para nos expressarmos novamente com frases sintéticas, essa distinção corresponde não mais à diferença entre fazer (pelo Estado) e mandar fazer (aos indivíduos), mas entre fazer e deixar fazer. Ainda mais claramente do que a distinção precedente entre administração direta e indireta, essa distinção deixa completamente de fora o campo do direito promocional, o qual, como vimos, se insere na categoria daquelas relações entre Estado e economia nas quais o Estado nem abandona completamente o desenvolvimento das atividades econômicas aos indivíduos nem as assume para si mesmo, mas intervém com várias medidas de encorajamento dirigidas aos indivíduos. Se queremos individualizar e delimitar com precisão o espaço ocupado pelo direito promocional, será necessário ter presente não tanto a distinção entre fazer e mandar fazer, nem aquela entre fazer e deixar fazer, mas a distinção entre deixar fazer e mandar fazer. Há dois caminhos pelos quais o Estado pode limitar a esfera do deixar fazer: obrigar a fazer (ou a não fazer) ações que, do contrário, seriam permitidas – e este é o caminho da restrição coativa da liberdade de agir –, ou, então, estimular a fazer (ou a não fazer) ações que, não obstante isto, continuam sendo ações permitidas – e este é o modo pelo qual se exerce a função promocional.

6. O fenômeno do direito promocional revela a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva para si, ao Estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país em seu todo, em direção a este ou aquele objetivo – a passagem do Estado apenas protecionista para o Estado programático. Trata-se de um fenômeno de modo algum acabado e que começa, apenas agora, a ser explorado. Para falar sobre isso com maior conhecimento de causa, seria necessário um amplo registro, ao menos no âmbito de um sistema positivo, das normas que podem ser inseridas na categoria.

Ainda que com uma primeira aproximação, é possível afirmar que a função promocional do direito pode ser exercida por dois tipos

diferentes de expedientes: os incentivos e os prêmios. Entendo por “incentivos” medidas que servem para facilitar o exercício de uma determinada atividade econômica; por “prêmios”, ao contrário, medidas que visam oferecer uma satisfação àqueles que já tenham realizado uma determinada atividade. O incentivo acompanha a atividade em sua formação; o prêmio a segue, ou seja, é atribuído quando a atividade já foi realizada. Ainda que nunca seja fácil diferenciar, no caso concreto, um prêmio de um incentivo, a distinção é conceitualmente significativa, porque apenas os prêmios se inserem, a rigor, na categoria das sanções positivas (se, por acaso, não se quiser ampliar demais o conceito de sanção e se mantiver presente, para definir “sanção positiva”, a extensão e a intensão do conceito, bem mais elaborado, de sanção negativa). O contrário de prêmio é pena, isto é, o caso mais típico de sanção negativa. O contrário de incentivo é desincentivo, que de modo algum pode ser inserido no conceito de sanção negativa, por mais que o ampliemos.

A sanção (positiva ou negativa) pressupõe a existência de uma norma primária no sentido hartiano, isto é, de uma norma de conduta que impõe um dever [obbligato], e é a reação, mais ou menos institucionalizada, do grupo social em relação à observância ou à transgressão da norma supracitada. O encorajamento ou o desencorajamento são um efeito derivado. No caso do incentivo e do desincentivo, o encorajamento ou o desencorajamento são as intenções principais: nem um nem outro pressupõe uma norma primária. Procurando expressar o mesmo conceito com outras palavras, o prêmio é uma resposta a uma ação boa; o incentivo é um expediente para obter uma ação boa. Assim, a pena é uma resposta a uma ação má; o desincentivo é um expediente para impedir uma ação má. Partindo da definição mais comum de sanção como resposta ou reação a uma ação normativa (isto é, a uma ação conforme ou contrária a uma norma), apenas o prêmio e a pena, como respostas supervenientes a uma ação normativa precedente, pertencem propriamente à categoria das sanções.

Enquanto prêmio e pena, de um lado, e incentivo e desincentivo, de outro, pertencem à mesma categoria, se considerados do ponto de vista da distinção entre sanção e não-sanção, pertencem à mesma categoria prêmio e incentivo, de um lado, pena e desincentivo, de outro, se considerados do ponto de vista da distinção entre as duas funções de encorajamento e de desencorajamento. Neste sentido, prêmio e incentivo são, como dizia há pouco, as duas formas típicas pelas quais se manifesta a função promocional do direito. Apenas uma observação mais atenta da frequência e do modo de operar delas pode fazer avançar a análise funcional do direito e promover a adequação da teoria do direito às transformações em curso nos ordenamentos jurídicos das sociedades economicamente mais avançadas, que é desejada pela maioria.

7. Não me proponho aqui a desenvolver, ulteriormente, o tema da função promocional do direito no Estado contemporâneo. () meu interesse é, por ora, mais limitado. Tendo partido da concepção de Kelsen da função do direito, isto é, da teoria do direito como ordenamento coativo, interessa-me mostrar se, e em que medida, essa teoria é colocada em crise pela descoberta da função promocional do direito.

Certamente, para quem sustenta, como parece sustentar Kelsen, que a técnica específica do direito consiste no uso de sanções negativas, a relevância cada vez maior que as sanções positivas adquirem pode constituir um desmentido muito sério. Aliás, poderíamos contestar isso dizendo que o reconhecimento da importância das sanções positivas – muito maior do que aquela que lhe atribuem as teorias tradicionais, em geral, e a teoria kelseniana, em particular – não invalida o fato de que as sanções últimas, isto é, aquelas que são aplicadas em última instância, continuem sendo, sempre e tão-somente, as negativas. Efetivamente, enquanto é concebível um ordenamento que se sustente apenas sobre sanções negativas, parece inconcebível um ordenamento, em especial um ordenamento

complexo como é o de um Estado moderno, que se sustenta apenas sobre sanções positivas. Consideremos o caso mais simples: uma norma secundária (isto é, voltada para os funcionários públicos) que tenha a forma da norma jurídica kelseniana: "Se é A, deve ser B", em que A não seja um ilícito, isto é, um comportamento não desejado, mas, sim, um ato devido, isto é, um comportamento desejado, e B uma sanção positiva. Uma norma desse gênero, como norma jurídica, cria, para o destinatário da norma primária, uma pretensão (direito subjetivo, ou interesse legítimo, pouco importa) em relação à administração pública, e, para esta, reciprocamente, o dever [obblig]o de consignar o prêmio, no caso de a condição prevista pela norma secundária ter se verificado. É concebível, por sua vez, que esse dever [obblig]o seja reforçado não por uma sanção negativa, como poderia ser uma medida disciplinar para o funcionário ou um ressarcimento de danos por parte da administração pública, mas por uma sanção positiva? Dando asas à imaginação, poderíamos, inclusive, fantasiar uma norma terciária que atribua um prêmio ao funcionário que cumpriu com seu dever [obblig]o de entregar o prêmio: tratar-se-ia de um ordenamento que confia tão pouco no zelo de seus funcionários que incita com recompensas o cumprimento das suas funções. Mas é até demasiado evidente que uma sanção desse gênero, se fosse introduzida, seria sempre adicional, e não, decerto, substitutiva de uma sanção negativa. Está igualmente claro, aliás, que admitir a função primária das sanções negativas, mesmo com o crescimento das positivas, não serve, em absoluto, para salvaguardar a especificidade do direito como técnica social. As sanções negativas, como de resto o próprio Kelsen admite, são comuns a outros ordenamentos sociais, como o ordenamento religioso.

Na realidade, a solução que Kelsen dá ao problema da especificidade do direito, do ponto de vista funcional, é mais complexa: o que distingue o direito como técnica social não é tanto o uso de sanções negativas, mas o fato de que elas se fazem valer ao recalitrante, mesmo que recorrendo à força, algo que o ordenamento

jurídico pode fazer, e apenas ele pode fazer (e exatamente nisto está o seu caráter específico), uma vez que ele é a organização da força, ou, mais precisamente, o conjunto de regras para o uso do recurso à força existente em uma determinada sociedade. Se queremos mostrar a insuficiência da análise funcional kelseniana, é preciso pôr em debate sobretudo esta tese, e não aquela relativa à proeminência das sanções negativas. Ora, a mim parece que precisamente essa tese é posta em crise pelo espaço cada vez maior que passa a ocupar, em um certo tipo de Estado contemporâneo, o direito promocional.

Não é preciso gastar muitas palavras para fazer notar que a concepção do direito como organização da força nasce da reflexão sobre a formação do Estado moderno, ainda mais, aliás, quando se acrescenta, como faz Kelsen, que a força da qual se trata é a monopolizada. Por meio dessa concepção, o direito passa a ser cada vez mais identificado com o ordenamento normativo estatal, salvo quando encontramos traços desse tipo de ordenamento também em outros ordenamentos sociais, como o internacional, que passa a ser comparado a um ordenamento jurídico na medida em que se assemelha, ou tende a assemelhar-se, ao estatal. Contudo, é ainda hoje aceitável essa concepção do Estado exclusivamente como organização da força? Com a ampliação das intervenções do Estado na esfera econômica, essa concepção não se tornou insuficiente, não é uma concepção mínima ou limitada do Estado?

A força é um meio para o exercício do poder, mas não é o único. Em qualquer sociedade, grande ou pequena, antiga ou moderna, primitiva ou evoluída, os outros dois principais são a posse dos instrumentos de produção (que dá origem ao poder econômico) e a posse dos instrumentos de formação das idéias (que dá origem ao poder ideológico). Deixando de lado o poder ideológico, que o Estado moderno por muito tempo confiou às igrejas (mas também nessa esfera avança a passos largos um processo de monopolização, que já alcançou sua realização nos Estados totalitários) e que pode ter uma influência sobre o direito, não no sentido de modificar-lhe a fun-

ção, mas, no limite, de torná-lo supérfluo, e concentrando, por ora, a nossa atenção no poder econômico, parece cada vez mais óbvio que o Estado contemporâneo aumenta continuamente os recursos dos quais pode dispor para exercer esse tipo de poder (também aqui até o limite da monopolização dos meios de produção nos Estados coletivistas). Os recursos econômicos não valem menos do que os recursos da força para condicionar os comportamentos dos indivíduos, a fim de conseguir aqueles efeitos desejados ou impedir os indesejados, no que se afirma consistir a função do direito. E o Estado contemporâneo disso se serve largamente, tanto que uma teoria que define o direito como organização do poder econômico mereceria ser levada tão em consideração como a teoria corrente, que o define como organização do poder coativo, com a única reserva de que, salvo nos Estados coletivistas, a organização do poder econômico é, até agora, menos centralizada do que a organização do poder coativo (tomando os termos de centralização e descentralização no sentido kelseniano).

Não pretendo, por ora, avançar muito além nesse caminho. No âmbito de uma análise como a presente, que quer prestar contas à concepção funcionalista do direito na obra de Kelsen, importa observar que, enquanto o poder coativo é habitualmente empregado com função repressiva, o poder econômico pode ser empregado também com função promocional, ou seja, não para punir, mas para gratificar, para dar em troca não o mal pelo mal, mas o bem pelo bem. Desse ponto de vista, parece-me que quem se coloca a observar com atenção a tendência a um crescimento do direito promocional, coloca-se em um observatório que permite perceber um aspecto fundamental da transformação funcional do direito e a insuficiência da teoria tradicional. Esta, tendo se deixado atrair pelo fenômeno certamente mais macroscópico da organização da força e não havendo dispensado suficiente atenção ao fenômeno, ainda não tão macroscópico, da crescente organização pública da economia, continua a ver o direito na sua função essencialmente repressiva.

8 Isso posto, é preciso, de imediato, acrescentar que o reconhecimento da importância do direito promocial não é, em absoluto, incompatível com a consideração instrumental do direito, própria da teoria kelseniana: o uso de sanções positivas, ou, de qualquer forma, de incentivos econômicos, nada mais é que uma técnica específica de organização social. Mesmo depois de termos percebido que o direito não se limita a reprimir, mas estimula ou promove, podemos continuar a afirmar, como faz Kelsen, que o direito é um meio, e não um fim. Quando chegamos, ainda, a sustentar que o direito é a organização não apenas do poder coativo, mas também do poder econômico, não escapamos de um determinado modo de entender a especificidade do direito, que consiste precisamente em considerá-lo uma forma de “organização social”. Contudo, chegados neste ponto, somos reconduzidos, novamente, da análise funcional à estrutural.

Note-se: tudo o que foi dito até aqui sobre a função promocial do direito não invalida, de modo algum, os resultados da análise estrutural kelseniana. Gostaria de dizer que a análise estrutural do ordenamento jurídico está em condições de absorver sem demasiada perturbação as mudanças introduzidas pela análise funcional. Do ponto de vista estrutural, as duas principais teorias de Kelsen são, na nomostática, a teoria da norma jurídica como juízo hipotético, que liga condição e consequência mediante o nexo da imputação, e na nomodinâmica, a teoria da construção em graus²⁸ do ordenamento.

Pois bem, já vimos, no parágrafo anterior, que a proposição “se é A, deve ser B” vale tanto para as sanções negativas quanto para as positivas. E, de resto, o próprio Kelsen, quando examina histórica e sociologicamente o princípio da retribuição, como faz na obra

²⁸ Buscando contornar eventuais divergências terminológicas, cabe lembrar que, em traduções para a língua portuguesa da expressão kelseniana que Norberto Bobbio traduz do alemão por *a gradi*, encontramos com frequência também a palavra “escalonado”. Nessa tradução, optamos pela expressão “em graus”, mais próxima do italiano *a gradi*, com o objetivo de preservar ao máximo a opção feita pelo próprio Norberto Bobbio. (N.T.)

Society and nature, não faz qualquer distinção conceitual, como foi dito, entre a contrapartida positiva (bem por bem) e a negativa (mal por mal). Do ponto de vista formal, as duas aplicações do princípio não se distinguem entre si. Quanto à teoria da construção em graus, pelo próprio fato de considerar o sistema normativo do direito como um sistema dinâmico, e não como um sistema estático, não é minimamente tocada por observações que digam respeito ao conteúdo ou ao fim do direito. Para ela, uma norma é jurídica quando foi produzida nas formas previstas pelo ordenamento, isto é, por outras normas do ordenamento, em particular por aquelas normas que regulam o modo pelo qual são produzidas as normas. Que uma norma vise reprimir ou promover é algo que não tem qualquer relevância em relação à estrutura do ordenamento. Esse é um ponto, a meu ver, muito importante.

Falei, nas primeiras linhas deste capítulo, de uma guinada da teoria do direito derivada de Kelsen: essa guinada consistiu, para ser mais preciso, na busca do caráter específico do direito, não na função, nem no conteúdo, mas na estrutura do ordenamento. Embora com muita cautela, devido ao uso e abuso do conceito de estrutura nas ciências humanas desses últimos anos, pode-se falar de uma guinada estruturalista. A referida guinada não cessou de produzir os seus efeitos. Enquanto Kelsen jamais abandonou totalmente o ponto de vista funcional – aliás, a única definição do direito que encontramos em Kelsen é de tipo funcional –, Hart, como vimos, levou às últimas conseqüências a abordagem estrutural, chegando a definir o direito não como uma técnica específica, mas como uma estrutura específica. Esse modo de entender o direito é uma resposta não à pergunta: “Qual é a função do direito?”, mas a esta outra: “Que tipo de organização é?” Se o reconhecimento da importância do direito promocional pode ter algum efeito, não é tanto em relação à abordagem estrutural do direito, mas sobretudo, à abordagem funcional. Enquanto do ponto de vista estrutural o direito pode continuar a ser definido, mesmo depois do aparecimento do direito promocional, como norma hipo-

tética (no plano da nomostática) e como ordenamento em graus (no plano da nomodinâmica), do ponto de vista funcional, uma vez individualizada a categoria do direito promocional, não mais pode ser definido como uma forma de controle social. O conceito de controle é perfeitamente adequado se continuarmos a considerar o direito na sua função tradicional de proteção-repressão. Torna-se, a meu ver, menos adequado se levarmos em conta, igualmente, a função promocional. A função de um ordenamento jurídico não é somente controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos. Isso pode ser obtido, preferivelmente, por meio da técnica das sanções positivas e dos incentivos. Costuma-se dizer que a concepção tradicional do direito como ordenamento coativo funda-se sobre o pressuposto do homem mau, cujas tendências anti-sociais devem, exatamente, ser controladas. Podemos dizer que a consideração do direito como ordenamento diretivo parte do pressuposto do homem inerte, passivo, indiferente, o qual deve ser estimulado, provocado, solicitado. Creio, portanto, que hoje seja mais correto definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de *direção social*.²⁹

²⁹ Parece-me muito significativo que, nas novas tendências da teoria jurídica soviética, o direito seja compreendido no âmbito mais vasto da "ciência da direção social" e que esta consideração do direito como instrumento de direção social seja acompanhada da crítica à sua função coativa, ou, pelo menos, por um olhar que a valorize menos. Cfr. U. CARMONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Editori Riuniti, Roma, 1969, p.241 em diante (*O pensamento jurídico soviético*, Lisboa-Sintra, Europa-América, 1976). Sobre a ciência do direcionamento social, cfr., também, M. LOSANO, *Giusecbernetica*, Einaudi, Turim, 1969, p.119 em diante.

5 A ANÁLISE FUNCIONAL DO DIREITO: TENDÊNCIAS E PROBLEMAS

SUMÁRIO – I. 1. Crescente importância da análise funcional do direito – 2. Razões do escasso interesse passado e do nascente interesse pela análise funcional do direito – 3. A perda de função do direito na sociedade industrial – 4. Função positiva, função negativa, disfunção do direito – 5. A função distributiva do direito – 6. A função promocional do direito – II. 7. Dificuldades enfrentadas pela análise funcional do direito – 8. Primeira dificuldade: função em relação a quê? – 9. Segunda dificuldade: função em que nível? – 10. Terceira dificuldade: qual direito? – 11. Conclusão.

1. Quando, em 1971, escrevi o artigo intitulado *Verso una teoria funzionalistica del diritto* [Em direção a uma teoria funcionalista do direito]¹ para demonstrar o quanto prevalecera, até então, na teoria geral do direito, o ponto de vista estrutural em relação ao ponto de vista funcional, e para indicar uma tendência contrária, à época já evidente, do estruturalismo ao funcionalismo, não imaginava a rapidez e a intensidade com que essa tendência se desenvolveria. Em 1970, fora publicado (mas, quando escrevi o artigo, eu o desconhecia) o primeiro volume de "Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie", organizado por Werner Maihofer e Helmut Schelsky, dedicado inteira e significativamente a *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, com alguns artigos fundamentais sobre o tema.² Em 1973, o Congresso inter-

¹ O artigo, escrito originariamente para um volume em memória do filósofo do direito argentino Ambrosio Gioja, é publicado pela primeira vez neste volume.

² Esses artigos são: W. MAIHOFFER, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, p.13-36; H. SCHELSKY, *Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie*, p.39-89; E. FECHNER, *Funktionen des Rechts in der menschlichen Gesellschaft*, p.92-105; R. SCHOTT, *Die Funktionen des Rechts in primitiven Gesellschaften*, p.109-74; N. LUHMANN, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, p.176-202; Id. *Zur Funktion der subjektiven Rechts*, p.322-30.

nacional de filosofia do direito, sediado em Madri, foi inteiramente voltado para a discussão do tema “A função do direito”, sobre o qual foi lida cerca de uma centena de trabalhos e comunicações.³ Nos últimos anos, apareceram inúmeros artigos sobre o tema, nas mais diversas revistas.⁴ Em 1972, foi publicada *Rechtssoziologie*, de Niklas Luhmann, obra em que a natureza específica do direito é buscada mediante a determinação de sua função social.⁵

Parece fora de dúvida que o interesse pelo problema da função do direito seja relacionado à expansão da sociologia do direito, inclusive nas fortalezas do formalismo que sempre foram as faculdades de direito, em quase todos os países do continente europeu. Não por acaso, a “função do direito na sociedade moderna” foi o tema escolhido no citado “Jahrbuch” para o seu primeiro volume. Não acredito que seja necessário insistir na estreitíssima ligação entre teoria estrutural do direito e ponto de vista jurídico, de um lado, e teoria funcional do direito e ponto de vista sociológico, de outro. Basta pensar na expulsão do ponto de vista sociológico da teoria pura do direito de Kelsen, que é a quintessência do formalismo jurídico, e na importância que tiveram as pesquisas antropológicas, como pesquisas globais sobre sociedades menos complexas do que as modernas, para recolocar em destaque o problema da função ou das funções do direito. Com isto não quero, em absoluto, dizer que uma teoria sociológica do direito pode se resumir inteiramente ao estudo da função do direito. Quem carrega nas costas anos suficientes para ter assistido a um embate anterior entre teoria sociológica ou institucional do direito, como se dizia então, e teoria normativa, acolhida pela maioria dos juristas, e está, portanto, imunizado contra a presunção do novo que

³ Agradeço a gentileza do professor Eneas Díaz por ter colocado à minha disposição fotocópias das comunicações relacionadas ao tema deste meu ensaio.

⁴ J. RAZ, *On the functions of law*, in *Oxford Essays in Jurisprudence*, Blackwell, Oxford, 1973, p.278-304; M. REHBINDER, *Le funzioni sociali del diritto*, in “Quaderni di sociologia”, XXII, 1973, p.103-23; V. AUBERT, *The social function of law* (estudo mimeografado, apresentado no VIII Congresso mundial de sociologia, sediado em Toronto, em agosto de 1974).

⁵ N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1972, voll. 2 [*Sociologia do direito*, trad. port. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1985].

expulsa o velho, porque sabe que o novo logo se tornará velho e o velho voltará a ser novo, lembra que o motivo da contenda então não era tanto o contraste entre estruturalismo e funcionalismo, mas entre monismo e pluralismo.

Por teoria sociológica do direito entendia-se, naquela época, uma teoria que via no direito uma produção da sociedade em todas as suas formas, e não apenas uma produção do Estado, e que, assim, tinha uma incidência direta sobre o problema das fontes. Teoria sociológica do direito era sinônimo, ao menos na Itália (mas também na França, se pensarmos na teoria da instituição de Renard, na teoria do direito social de Gurvitch, que posteriormente, viria a tornar-se um dos maiores representantes do renascimento da sociologia jurídica), de teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos. Enquanto o alvo das teorias sociológicas do direito é, hoje, o formalismo, o alvo das teorias sociológicas de ontem era o estadismo. Historicamente, o pluralismo jurídico, do qual Gurvitch foi o mais fervoroso defensor, fôra uma das tantas manifestações da falsa crença, comum tanto aos liberais radicais quanto aos socialistas libertários, de que o desenvolvimento da sociedade industrial teria por efeito uma diminuição das funções do Estado, um tipo de reabsorção do Estado pela sociedade civil. O que aconteceu foi exatamente o contrário. Para quem queira considerar o direito como fenômeno social, o problema do pluralismo perdeu grande parte de seu interesse. Com o enorme aumento das funções do Estado na passagem do Estado liberal para o Estado social, o problema fundamental para uma teoria sociológica do direito, isto é, para uma teoria que considere o direito como um subsistema do sistema social geral, é o de verificar se, paralelamente, não foram aumentadas e mudadas as funções do direito, e, entenda-se, do direito estatal, o que explica o imprevisto surgimento e a rápida difusão da perspectiva funcionalista.

Para além de seu débito para com o desenvolvimento da antropologia e da sociologia do direito, a perspectiva funcionalista do direito deve uma parte da sua atual fortuna ao peso cada vez maior do

marxismo, dos vários marxismos, nas ciências sociais. Não confundo marxismo com funcionalismo;⁶ simplesmente chamo a atenção para o fato de que aquilo que Marx e Engels acrescentaram à definição tradicional do direito como ordenamento coativo foi a determinação da sua função, o domínio de classe. Entre as teorias gerais do direito hoje correntes, as que mais insistem na “função social” do direito são as teorias soviéticas e as dos juristas dos países socialistas. Na sua *Théorie de l'état et du droit*, que pode ser considerada uma das maiores *summae* da concepção marxista do direito e do Estado atualmente disponíveis em uma língua mais acessível, Radomir Lukić inicia a exposição da parte geral com um capítulo intitulado “La fonction social de l'état et du droit”, em que se lê que o direito, como ordenamento do monopólio da força, encontra o seu caráter específico no fato de que desempenha a função social de proteger expressamente o interesse da classe dominante por meio da manutenção forçada de um certo modo de produção.⁷

A diferença entre a definição do direito de Kelsen e a de Lukić salta aos olhos: também para Kelsen o direito é ordenamento coativo, mas é nada mais que ordenamento coativo. Qual é a “função social” desse ordenamento coativo não lhe interessa, porque, para além do objetivo genérico da paz ou da ordem ou, nas relações internacionais, da segurança coletiva, por meio deste particular instrumento que é o direito, por esta “técnica da organização social”, os mais diversos obje-

⁶ Nesse mesmo sentido, ver B. LE BARON, *What is law? Beyond scholarsticism*, in *Le raisonnement juridique*, Actes du Congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Bruxelles, 1971, publicados como fascículo do período março-junho de 1971, de “Logique et analyse”, Nauwelaerts, Lovanio, 1971, p.77-83: “It is evident that, whatever its limitations, the Marxist account of law is not merely formal. It addresses itself very specifically to questions of social function, showing what law does for us and what it does to us” (p.83).

⁷ R. LUKIĆ, *Théorie de l'état et du droit*, trad. franc. de M. Gjidara, Dalloz, Paris, 1974: “La fonction de l'Etat et du droit est d'avoir un rôle dans la société, d'agir au sein de la société. Comme l'Etat et le droit peuvent avoir plusieurs actions, seule correspondra à leur fonction, celle qui leur est essentielle et spécifique, ce par quoi ils se distinguent des autres phénomènes sociaux” (p.89). E qual é essa função? “... l'Etat et le droit ont comme fonction le maintien du mode de production qui convient à la classe dirigeante intéressée et dont ils sont les créations” (p.89). É desnecessário recordar que uma das mais conhecidas obras de teoria marxista do direito se intitula *La funzione rivoluzionaria del diritto*.

tivos podem ser perseguidos e conquistados. Para Kelsen, o direito é um instrumento específico que não tem uma função específica, no sentido de que a sua especificidade consiste não na função, mas em ser um instrumento disponível para as mais diferentes funções.⁸ Ao contrário, para Lukić, e, em geral, para os juristas marxistas – particularmente para aquela numerosa, quando não compacta, fileira de juristas marxistas que são os juristas soviéticos –, a especificidade do direito está não em ser um ordenamento coativo, mas na função específica que esse ordenamento tem e que só ele pode ter, uma vez que somente o ordenamento da força monopolizada, na qual consiste o instrumento “direito”, está em condições de assegurar à classe dominante o seu domínio.

2. Tenho razão em considerar que o escasso interesse pelo problema da função social do direito na teoria geral do direito dominante até os nossos dias seja associado, precisamente, ao destaque que os grandes teóricos do direito, de Jhering a Kelsen, deram ao direito como instrumento específico, cuja especificidade não deriva dos fins a que serve, mas do modo pelo qual os fins, quaisquer que sejam, são perseguidos e alcançados. É de conhecimento geral que uma das afirmações recorrentes de Kelsen – a ponto de se tornar típica – é que a doutrina pura do direito

*não considera o objetivo perseguido e alcançado pelo ordenamento jurídico, mas considera, apenas e tão-somente, o ordenamento jurídico; e considera este ordenamento na autonomia da sua estrutura, e não em relação a este seu objetivo.*⁹

Kelsen podia fazer essa afirmação porque considerava ter encontrado o elemento característico do direito na estrutura do

⁸ Deive-me com mais vagar nesse tema no artigo citado *Em direção a uma teoria funcionalista do direito*. Permitto-me, contudo, remeter o leitor também ao ensaio sobre Kelsen, neste mesmo volume.

⁹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, F. Deuticke, Viena, 1934, p.33. Trad. It., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turim, 1952, p.72 [Teoria pura do direito, trad. port. Fernando de Miranda. São Paulo, Saraiva, 1939].

ordenamento jurídico como sistema dinâmico, e não precisava do objetivo para a sua definição. É menos conhecido o fato de que, nos mesmos anos, um outro apaixonado, mas desafortunado, autor da “science juridique pure”, Ernest Roguin, afirmava com tenacidade mais ou menos as mesmas coisas.¹⁰ Recuando ainda mais, também Jhering, não obstante o título de sua grande obra, *Lo scopo del diritto*, concentrava toda a atenção não no fim, mas no instrumento, isto é, na coação e na organização desta. Diante da pergunta sobre qual seria a finalidade do direito, dava uma resposta genérica, ou seja, que o direito servia para garantir “as condições de existência da sociedade”,¹¹ as quais eram, afinal, tudo e nada, compreendendo não apenas as condições da existência física, mas “também todos aqueles outros bens e prazeres que... atribuem à vida o seu verdadeiro valor”.¹² Que uma resposta tão genérica e, ademais, previsível não pudesse oferecer qualquer ajuda à determinação da nota específica do direito, parece-nos totalmente evidente. Esse foi sempre o comportamento dos teóricos do Estado diante do problema da definição do Estado: eles jamais admitiram os fins que o Estado persegue entre os assim denominados elementos constitutivos do Estado. Para caracterizar essa organização máxima da convivência humana, são suficientes, para eles, algumas características materiais e formais. Basta recordar Max Weber. Depois de ter definido o Estado pelo “meio” que emprega para obter os próprios fins, o uso da força, afirma:

Não é possível definir um grupo político – e tampouco um Estado – indicando o objetivo do seu agir de grupo. Não há nenhum objetivo que grupos políticos não tenham alguma vez proposto para si, do esforço para prover o sustento à proteção da arte; e não há nenhum que

¹⁰ Deive-me em vários aspectos da teoria geral de Roguin, inclusive sobre o antiteleologismo, em um artigo, *Un dimenticato teorico del diritto: Ernest Roguin*, que será publicado em breve no livro intitulado *Scritti in onore di S. Pugliatti*. [In: *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*. “4. Scritti storico-filosofici”. AA. VV. – Milão: Giuffrè, 1978. p.43-70. Publicado posteriormente também em *Diritto e potere: saggi su Kelsen*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992. p.193-213].

¹¹ R. von JHERING, *Lo scopo del diritto*, organizado por M. Losano, Einaudi, Turim, 1972, p.312 [A finalidade do direito, trad. port. José Antônio Faria Correa, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979; A finalidade do direito, 2 vols., trad. port. Herder K. Hoffmann, Campinas, Bookseller, 2002].

¹² *Op. cit.*, p.313.

*todos tenham perseguido, da garantia da segurança pessoal à determinação do direito.*¹³

Esse paralelo entre teoria do direito e teoria do Estado, com a pertinente referência a Max Weber, que não era um jurista puro, mas, antes de tudo, sociólogo e historiador, pode oferecer uma explicação do difuso e persistente antiteleologismo na teoria do direito, comum a juristas e sociólogos. À medida que o Estado moderno assumia o monopólio da produção jurídica, e, por conseqüência, Estado e direito passavam a ser cada vez mais considerados como duas faces da mesma moeda, o fenômeno historicamente relevante para compreender o direito passava a ser a sua transformação em instrumento do poder estatal mediante a formação do Estado-aparato (o poder legal-racional de Max Weber). Este fenômeno induzia a concentrar a atenção nos problemas da complexa organização do instrumento, mais do que nos problemas de ordem axiológica ou sociológica, considerados, uns, perturbadores (e, talvez, também irrelevantes), outros, irrelevantes (e, talvez, também perturbadores). Não devemos esquecer que, da consideração do Estado moderno como grande organização, nasceu a teoria do direito como conjunto ordenado ou organizado de normas, a teoria do direito como ordenamento, que se reencontra, embora sob diversas camadas, mas facilmente reconhecíveis, tanto em Max Weber quanto em Kelsen.¹⁴

Parece-me que uma das razões do desinteresse dos teóricos do direito pelo problema da função estava exatamente na sua presumida irrelevância. À consideração de que o direito se caracteriza por ser um instrumento específico que deveria servir ao desenvolvimento de muitas funções, acrescentava-se não só a consideração de que as mesmas funções se desenvolviam em diferentes sociedades, como

¹³ M. WEBER, *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milão, 1961, vol. 1, p.33-4 (*Economia e sociedade*, 2 vols., 4. ed., trad. port. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, Brasília-São Paulo, UnB-Imprensa Oficial, 2004).

¹⁴ Para um desenvolvimento maior do paralelo entre Weber e Kelsen, remeto o leitor ao ensaio sobre Kelsen, neste mesmo volume, sobretudo, às p.188-96, 202-5.

também na mesma sociedade por outros meios, e que, portanto, enquanto era legítimo falar, em relação ao direito, de funções alternativas, não seria igualmente legítimo falar de instrumentos alternativos. Em suma, a relação entre o instrumento e os seus possíveis usos não era unívoca: o mesmo instrumento podia ser usado para fins diversos, assim como cada um desses fins podia ser obtido recorrendo-se também a instrumentos diferentes do direito (isto é, do recurso ao ordenamento da força monopolizada). Essa irrelevância do problema da função fazia, sim, que se desse por admitido: a) que o direito tem uma ou mais funções; b) que tem uma função positiva (uma *eu-função* [*eu-funzione*]); c) qual ou quais funções tem; e d) como as exerce. Quem quiser, agora, encontrar um motivo para o atual interesse da teoria jurídica pelo estudo da função ou das funções do direito, penso que deva buscá-lo exatamente no fato de que todas as quatro verdades transmitidas, consolidadas e aceitas como indiscutíveis, ou não dignas de discussão, estão no centro de um debate amplo e de modo algum exaurido.

3. *Sub a*: trata-se somente de indícios. Contudo, é fato que uma das características da sociedade tecnocrática, que se tem considerado como um desenvolvimento fatal, ainda que desaprovado, da sociedade industrial, deveria ser a perda de função do direito, a realização de um processo (permitam-me esta bárbara, mas expedita palavra) de desjuridificação. Essa hipótese, ao menos na teoria, não é sem precedentes: não preciso recordar a polêmica de Saint-Simon, um dos pensadores mais “revisitados” nesses anos, porque a ele se costuma atribuir a primeira teoria da sociedade tecnocrática, contra os jurisconsultos.¹⁵ Não é inútil, no entanto, recordar quantos aspectos de sociedade tecnocrática há em certas imagens da sociedade

¹⁵ Retomo esse ponto a partir do trabalho sobre *Il diritto*, desenvolvido para o Congresso, que teve por sede a cidade de Bolonha, sobre o estado das ciências sociais, publicado no volume *Le scienze umane in Italia, oggi*. Il Mulino, Bolonha, 1971, p.259-77. Agora sob o título *Direito e ciências sociais*, nesta mesma coletânea.

sem direito (e sem Estado), que deveria suceder, segundo o marxismo, a ditadura do proletariado: a administração das coisas substituída pela administração dos homens, segundo a afirmativa de Engels, replica que uma sociedade de homens pode funcionar sem a necessidade de regras jurídicas, mas com o único subsídio das regras técnicas. Estas são, como se sabe, diferentemente das jurídicas, regras sem sanção, porque a sanção, se ainda pode ser assim denominada, isto é, a consequência desagradável que induz à observância, deriva da própria inobservância e, portanto, não requer aquele aparato de normas secundárias destinadas ao juiz para a aplicação das normas primárias, no que consiste uma das características consideradas fundamentais pela communis opinio do direito como "instrumento".

Deixemos, contudo, de lado essas hipóteses, que nos fazem vagar e nos perder pelo reino da futurologia. Nas sociedades tecnicamente avançadas, são dignas de nota pelo menos duas tendências capazes de suscitar algumas reflexões úteis sobre a perda de função do direito, e, pretendo dizer, do direito naquela de suas funções que sempre lhe foi atribuída, a ponto de ser amiúde considerada como a única e exclusiva, a função repressiva. Essas duas tendências são: a ampliada potência dos meios de socialização e, em geral, de condicionamento do comportamento coletivo por meio das comunicações de massa, e o previsível aumento dos meios de prevenção social em relação aos meios tradicionais de repressão. A integração social conta, sobretudo, com dois instrumentos de controle (que costumam ser relacionados a duas formas mais ou menos institucionalizadas de poder existentes em qualquer sociedade – o poder ideológico e o político): a socialização, isto é, a procura pela adesão a valores estabelecidos e comuns, e a imposição de comportamentos considerados relevantes para a unidade social, com a consequente repressão dos comportamentos desviantes, e que são, no final das contas, o consenso e a força em todas as teorias políticas tradicionais.

Podemos levantar a hipótese de que, à medida que aumenta a potência dos meios de condicionamento psicológico, dos meios do

consenso (não importa se manipulado), diminui a necessidade dos meios coercitivos, isto é, do direito. No limite, uma sociedade sem direito não é apenas o reino da liberdade imaginado por Marx, mas também a sociedade em que todos os seus membros são condicionados pela manipulação ideológica imaginada por Orwell. O direito é necessário onde, como ocorre nas sociedades históricas, os homens são nem todos livres nem todos conformistas, isto é, em uma sociedade na qual os homens têm necessidade de normas e, portanto, não são livres, mas nem sempre conseguem observá-las e, portanto, não são conformistas. Não é necessário sequer seguir por essa hipótese para perceber que socialização e o controle dos comportamentos são dois meios alternativos e que, onde se amplia o primeiro, tende-se a restringir o segundo. Do ponto de vista de uma análise funcional, isto significa que o aumento dos meios de socialização e de condicionamento psicológico – e da sua eficácia – avança em prejuízo da função tradicionalmente exercida pelos meios de coação.

O outro fenômeno que poderia ter influência sobre a extenuação e, no limite, sobre a deterioração do direito é aquele que se expressa na tendência, a qual é também própria das sociedades tecnicamente avançadas, que vai da repressão à prevenção. Tal como a medicina, ao menos como ela foi entendida até agora, o direito não tem a função de prevenir as doenças sociais, mas, sim, de tratá-las (nem sempre de curá-las) quando elas já irromperam. Entre as funções que são mais frequentemente atribuídas ao direito estão a repressão dos comportamentos desviantes (direito penal) e a resolução dos conflitos de interesse (direito civil). Ambas são manifestamente funções terapêuticas. A comparação com a medicina é interessante porque, hoje, seu desenvolvimento está todo voltado para impedir que as doenças se instalem, e não para tratá-las quando já se instalaram. No limite (entenda-se que se trata de um limite ideal, que serve apenas para indicar tendência), uma sociedade em que a ciência médica tenha desenvolvido todas as suas potencialidades na remoção das causas das doenças é uma sociedade sem hospitais, assim como uma sociedade em que as ciên-

cios sociais, da psicologia à pedagogia, tenham conseguido remover as causas dos conflitos seria uma sociedade sem prisões. Ao longo dessa tendência, sem necessidade de levá-la ao limite extremo, o direito perderia a função que sempre lhe foi atribuída como caracterizadora: a função repressiva. Que fique claro: uma vez que os organismos sociais que deveriam desenvolver a função substitutiva seriam, também eles, regulados pelo direito, seria mais apropriado, neste caso, falar de perda não do direito *tout court*, mas do direito na sua função repressiva, que não é a única, embora seja equivocadamente considerada exclusiva, mediante a passagem, de resto já em andamento, de um direito composto principalmente por normas de conduta para um direito composto quase exclusivamente por normas de organização.

A importância do surgimento dessas tendências em direção a uma perda de função do direito, ou, pelo menos, da imagem tradicional do direito, está, ademais, no fato de que elas vão de encontro a uma tradição secular que consagrou o direito (ainda em Hegel o direito tem algo de sagrado) como elemento essencial da formação da sociedade civil em contraposição ao estado de natureza, o qual, sendo um estado sem direito, é um estado que não permite a sobrevivência dos homens; é um estado que exaltou o sábio legislador, dos gregos até Rousseau, como o criador da cidade feliz, o demiurgo que cria a ordem a partir do caos, o verdadeiro doador de civilidade; é um estado que acreditou poder colher, nas leis e no espírito que as anima, as características que distinguem as nações umas das outras, e nas diferentes constituições, isto é, no diferente modo pelo qual é regulada a distribuição das magistraturas, de Aristóteles a Hegel, o critério mais visível para distinguir o bom governo do mau, o progresso da decadência, a barbárie da civilização, ou para indicar, em etapas necessárias, o curso progressivo da história.

4. *Sub b*: que o direito tenha uma função implica também que tenha uma função positiva? Sei muito bem que, tocando neste proble-

ma, atravesso o cabo das tempestades do funcionalismo, do qual um dos postulados é, ou parece ser, que, posto que uma instituição tenha uma função, esta só pode ser positiva. Mas uma coisa é o funcionalismo, que é uma teoria global da sociedade e do qual aqui não me ocupo, outra coisa é a análise funcional de um instituto, a qual pode muito bem prescindir daquele tipo de filosofia social que é o funcionalismo e que não é de modo algum incompatível com uma análise crítica do instituto, fundada, precisamente, na maior ou menor utilidade social da função que aquele instituto desempenha. Enquanto a análise funcional pode ignorar o funcionalismo, uma teoria crítica da sociedade – que entendo ser qualquer teoria que proponha não apenas ver como uma sociedade funciona mas também como não funciona ou como deveria funcionar – não pode ignorar a análise funcional, porque a crítica de um instituto começa exatamente pela crítica à sua função, isto é, pela consideração da sua eventual função “negativa”. (Pensemos no quanto a crítica socialista da sociedade burguesa deve à crítica da função social da propriedade individual, ou da família fundada sobre o pátrio poder, etc.). Portanto, não se deve confundir a função negativa com a perda de função, que já mencionei, e tampouco com a disfunção, que se verifica quando um instituto executa mal a sua função positiva. A disfunção pertence à patologia da função, a função negativa, à fisiologia (uma vez que toda análise funcional está ligada a uma concepção organicista da sociedade, as metáforas extraídas do comportamento do corpo humano são inevitáveis). A disfunção diz respeito ao funcionamento de um determinado instituto, a função negativa, à sua funcionalidade. Um instituto com funcionalidade positiva pode funcionar mal sem que, por isso, sua função se torne negativa, assim como um instituto com funcionalidade negativa pode funcionar bem sem que a sua função se torne positiva. Pode-se, ainda, admitir como hipótese que uma disfunção de longa data transforme uma função positiva em negativa, mas isto não impede a distinção entre os dois conceitos e a necessidade de assim os manter. Posso não ter dúvidas

quanto à função positiva do parlamento, e mesmo assim constatar, em uma dada situação histórica, o seu mau funcionamento, que pode consistir em uma alteração, perversão ou corrupção de qualquer uma de suas funções (por exemplo, a função do controle do balanço). As críticas que, na Itália, são cotidianamente dirigidas ao Poder Judiciário não colocam em dúvida a positividade da sua função, limitando-se a colocar em destaque os seus defeitos de funcionamento. Ao contrário, o debate cada vez mais acalorado nesses últimos anos sobre o sistema carcerário como um todo tende não apenas a questionar as suas disfunções, mas também a contestar a sua função, isto é, a mostrar sua função negativa, a qual consistiria no fato de que o resultado que ele obtém é contrário àquele que institucionalmente se propõe (o cárcere como escola do crime). Além de tudo, a função negativa é tanto mais evidente quanto mais o instituto em questão funciona bem, tanto que, já que costumamos desejar que um instituto ao qual atribuímos uma função positiva funcione bem, deveríamos nos alegrar quando um instituto ao qual se atribui uma função negativa funcione mal, porque é lícito esperar que a disfunção atenuie a negatividade da função.

Abordando o direito em seu todo, quando se diz que ele tem uma função social e se busca defini-la, quer-se dizer que tem uma função positiva? De um ponto de vista funcionalista, a resposta não pode ser dúbia: para um funcionalista não podem existir funções negativas. O funcionalismo é uma concepção da sociedade para a qual poderia valer uma máxima construída por analogia à célebre máxima hegeliana: o que é funcional é real, e o que é real é funcional. O funcionalista não conhece funções negativas, conhece somente disfunções (e, quando muito, funções latentes, além das manifestas), isto é, defeitos que podem ser corrigidos no âmbito do sistema, enquanto a função negativa exige a transformação do sistema. Além disso, em uma concepção em que as várias partes de um sistema social são consideradas em função do todo, o direito tem não apenas uma função positiva, mas uma função positiva primária, já que é o instrumento de conservação por excelência, é o subsistema do qual

depende, em última instância, a integração do sistema, o limite extremo para além do qual há a inevitável desagregação do sistema. Não causa espanto que, na teoria parsoniana e na de seus comentadores e seguidores, o direito tenha encontrado, sem esforço, o seu justo lugar. Mas a resposta à pergunta sobre a positividade da função do direito pode ser totalmente diferente se nos colocarmos do ponto de vista não da conservação, mas da mudança, ou, até mesmo, da mudança radical ou revolucionária, que é o ponto de vista de qualquer teoria crítica da sociedade. Qual é a relação do direito com a mudança social? Não há dúvida de que a função do direito não é apenas manter a ordem constituída, mas também mudá-la, adaptando-a às mudanças sociais; tanto é verdade que todo ordenamento jurídico prevê alguns procedimentos destinados a regular a produção de normas novas para substituir as velhas. Entretanto, como cumprir essa função? O direito é o instrumento adequado para reformar, para transformar a sociedade? Quais são as razões pelas quais o direito foi sempre considerado um meio mais de conservação do que de inovação social? E o grupo dos juristas mais um grupo de conservadores do que de reformadores? Uma resposta a essas perguntas não poderá, por acaso, colocar em destaque que o direito tem, ao lado de uma função positiva, também uma função negativa, o qual, cabe observar, é intrínseca à sua própria natureza e que, seja como for, não pode passar despercebida a uma análise funcional correta? Basta acenar para alguns temas. Não é verdade que o direito chega sempre atrasado e é um obstáculo à mudança. Por vezes, chega antecipadamente, e, então, pode ser um elemento que desfaz um tecido social tradicional, sendo, portanto, um elemento de mudança inesperada. Em ambos os casos, desempenha uma função negativa. O direito atua, geralmente, por normas gerais e abstratas, que se adaptam mal à complexidade das situações concretas e criam desigualdade entre iguais e igualdade entre desiguais: por mais que o juiz tenha a melhor intenção de fazer justiça, tal fim freqüentemente se torna impossível pela própria estrutura das normas jurídicas. O que o direito conse-

que obter em relação tanto à conservação quanto à mudança é obtido por meio do bom funcionamento do aparato coativo. Todavia, apoiando-se na força, o direito contribui para perpetuar um tipo de sociedade fundado sobre relações de força: é a mais perfeita imagem da violência das instituições ou da violência institucionalizada, isto é, de uma violência cuja justificativa está em apresentar-se como única resposta adequada à violência subversiva (mas a violência subversiva é sempre injusta?).

5. *Sub c.* remeto-me, para ser breve, às anotações de J. F. Glasstra van Loon, no capítulo conclusivo de uma conhecida resenha da sociologia do direito contemporânea.¹⁶ Ele fala de uma função distributiva do direito, que deve ser acrescentada àquelas comumente consideradas de regulação e de controle, entendendo por função distributiva a função pela qual aqueles que dispõem do instrumento jurídico conferem aos membros do grupo social, sejam eles indivíduos, ou grupos de interesse, os recursos econômicos e não econômicos de que dispõem. Em outra parte, ele afirma que, além da função de manutenção da ordem e da paz social, o direito tem entre as suas funções

*a distribuição das possibilidades para a modificação de um ordenamento existente e para o exercício da influência sobre certas decisões governamentais, uma vez que as funções mesmas incluem a distribuição dos bens de consumo, dos impostos, das possibilidades de emprego, da educação, das chances matrimoniais, e assim por diante.*¹⁷

A observação não é nova. Um dos autores de que deveríamos partir talvez seja James Willard Hurst, recentemente recordado por Vilhelm Aubert,¹⁸ precisamente a propósito da mudança funcional

¹⁶ J. F. GLASTRA VAN LOON, *Conclusions*, in *Norms and Actions. National Reports on Sociology of Law*, edited by R. Treves and J. F. Glasstra van Loon, Nijhoff, L'Aia, 1968, p.289-92. Do mesmo autor, ver *Towards a sociology interpretation of law*, em colaboração com E. Vercruijsse, "Sociologia Neerlandica", III, 2, 1966, p.18-31, que cito a partir do resumo feito por R. Treves, *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto*, Edizioni di Comunità, Milão, 1968, p.150-3.

¹⁷ Extralo essa citação de R. Treves, *op. cit.*, p.152.

¹⁸ V. AUBERT, *The social function of law*, *cit.*, p.11.

do direito. Hurst dedicou várias páginas das suas obras ao problema das funções desempenhadas pelo direito nos Estados Unidos e reconheceu como uma das principais funções desempenhadas pelo direito a de *leverage and support*, isto é – como traduz o jovem estudioso italiano que me trouxe ao conhecimento o historiador do direito norte-americano –, “*impulso e sostegno*” [“estímulo e apoio”].¹⁹ Em outra obra, Hurst considera quatro funções do direito: a quarta é descrita como “its” – do direito – “regular use to allocate resources to affect conditions of life in society”,²⁰ e, em outra parte, sempre em quarta posição: “We used law as a principal means to affect allocations of manpower and material means among competing objects of use”.²¹ É sobretudo para esse tema da *allocation* dos recursos como função do direito que Aubert chamou a atenção, citando, aliás, uma frase de Hurst, na qual este afirmara que o efeito mais vasto do direito sobre a indústria do leite fora “promotional rather than restrictive”,²² vendo nela uma oportunidade para criticar o modelo limitado, e, além disso, correspondente à *communis opinio*, do direito como instrumento de coerção, inspirado no direito penal. Depois de ter observado que um grande número de leis serve principalmente à constituição de instituições públicas destinadas a distribuir bens, dinheiro e serviços, Aubert comenta: “Seria incorreto tentar interpretar a função social de tais leis dentro do esquema do modelo do direito coercitivo penal”. Enfim, fala de uma dupla natureza do direito, como *compulsion* e

¹⁹ F. LOMBARDI, *La logica dell'esperienza di J. Willard Hurst. Storiografia e giurisprudenza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, reunidos por G. Tarello, vol. II, Il Mulino, Bolonha, 1972, p.521-86; de modo particular, sobre as funções do direito, p.528-9. As obras de Hurst das quais foram retidas as observações acerca das funções do direito são: *Law and social process in United States history*, The University of Michigan Law School, Ann Arbor, 1960, p.5; *Justice Holmes on legal history*, The Macmillan Company, New York, 1954, p.5-6; *Law and the condition of freedom in the nineteenth-century United States* (1956), mas citada pela edição da The University of Wisconsin Press, Madison, 1967; e *Law and economic growth. The legal history of the Lumber Industry in Wisconsin 1836-1915*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1964, p.X.

²⁰ J. WILLARD HURST, *Law and social process*, cit., p.5, citado por LOMBARDI, *op. cit.*, p.528, nota 10.

²¹ *Justice Holmes on legal history*, cit., p.6, citado por LOMBARDI, *op. cit.*, p.528, nota 10.

²² A passagem citada por AUBERT (*op. cit.*, p. 11) foi extraída da obra de Hurst, *Law and social process in United States*, cit., p.99.

resource.²³ Não estou totalmente seguro de que o termo genérico *resource* seja o termo mais adequado para indicar a importância que assumiu, no Estado social contemporâneo, a função não meramente coercitiva do direito. Contudo, já é por si só importante o reconhecimento de um conjunto de novas funções que modificam uma imagem transmitida durante séculos, e, agora, absolutamente inadequada.

Para falar a verdade, não só essas observações não são novas, como tampouco é nova a coisa. Em qualquer grupo social, a começar pela família, a função do sistema normativo que o rege não é apenas prevenir e reprimir os comportamentos desviantes ou impedir o surgimento de conflitos e facilitar-lhe a composição após seu surgimento, mas também repartir os recursos disponíveis. Há somente de se perguntar por que tradicionalmente essa função não foi tão claramente percebida e por que quem a percebe agora assume ares de quem faz uma descoberta. É surpreendente o peso que exerceu a concepção privatista da economia e a correspondente concepção negativa do Estado na determinação comum do conceito de direito. Com base na concepção privatista da economia, a distribuição dos bens ocorre na esfera das relações entre indivíduos ou grupos em concorrência entre si, e o direito (*sub specie* de direito privado) tem apenas as funções de facilitar o estabelecimento dessas relações, de garantir a sua continuidade e segurança e de impedir a dominação recíproca. Estreitamente ligada à concepção privatista do direito está a concepção negativa do Estado, segundo a qual este não tem ingerência alguma nas relações econômicas, e, portanto, a sua função torna-se exclusivamente prover a manutenção da ordem, por normas imperativas e coativas, isto é, pelo direito. E, uma vez que esta é a função específica do direito penal, segue-se que a parte é trocada pelo todo.

Uma prova, a meu ver decisiva, da difusão e da continuidade dessa concepção restritiva do direito é dada pelo fato de que, por

²³ V. AURFIT, *op. cit.*, p. 12.

longa tradição, qualquer um que se dispôs a estabelecer as características distintivas do direito, relacionou-o à moral (não à economia), demonstrando, de tal modo, considerar tanto o direito quanto a moral como duas espécies do mesmo gênero, isto é, das normas de conduta que têm precipuamente a função de garantir a estabilidade e a segurança das relações interindividuais. Não é difícil explicar como essa concepção restritiva do direito se formou: os jurisconsultos e juízes tradicionalmente se dedicam principalmente à elaboração e à aplicação do direito privado e do direito penal – precisamente aquelas partes do direito que não têm uma função imediatamente distributiva.

Voltemos, por um momento, nossa atenção para o fato de que a maioria das definições do direito que ainda hoje predominam (de Holmes a Ross), e que, aliás, parecem as mais atuais e modernas, estão marcadas pela consideração do papel do juiz na produção do direito, no processo de separação entre normas jurídicas e normas do costume e morais, na determinação, em suma, daquilo que é propriamente o direito. Pois bem, todas essas definições apreendem o fenômeno da formação do direito apenas por sua função protetivo-repressiva, privilegiando-o como conjunto de regras da conduta individual, como resolução de conflitos, como reparação de erros, como repressão dos atos desviantes. O sistema normativo do Estado na sua função distributiva não chega, ou chegou muito mais tarde, ao exame de quem é chamado a dirimir controvérsias entre particulares (ou a fazer o papel de conselheiro para as partes em conflito) ou a reprimir atos socialmente danosos. Também não é difícil explicar a razão pela qual a função distributiva, a *allocation of resources*, aparece hoje com particular insistência nas teorias sociológicas do direito, isto é, nas teorias que observam o direito de um ponto de vista mais geral e mais complexo, diferente daquele tradicional do jurista (aliado do jurisconsulto e do juiz): na passagem do Estado de direito para o administrativo, a função distributiva do direito cresceu enormemente, tanto que é impossível não se aperceber dela. E cresceu precisamente na medida em que faltou a não-ingerência do

Estado na esfera das relações econômicas, e a distribuição dos recursos (e não somente dos recursos econômicos) foi, em grande parte, substituída ao antagonismo dos interesses privados, tendo sido assumida pelos órgãos do poder público. Essa transformação das tarefas do Estado explica, além de tudo isso, um outro fenômeno para o qual se chamou a atenção nessas últimas décadas: o aumento, como foi mencionado, do “consumo jurídico”,²⁴ que produz e ao mesmo tempo reflete o fenômeno igualmente vistoso da inflação legislativa.

6. *Sub d*: também em relação à sua dimensão mais restrita de regra de comportamento munida de sanção – da qual a proposição da norma jurídica que se tornou célebre com Kelsen, “se é A, deve ser B”, dimensão esta que é particularmente adequada para cobrir a área do direito na sua função protetivo-repressiva – ocorreram tamanhas mudanças nas tarefas do Estado, na passagem do Estado liberal para o social, que o exercício mesmo da função primária de regular os comportamentos assumiu formas diversas da tradicional, a qual repousava exclusivamente na intimidação por meio da sanção negativa. Já tive muitas oportunidades de me deter neste ponto,²⁵ mas insisto nele porque me parece que não pode ser negligenciado nessa visão de conjunto: a concepção tradicional do direito, partindo da consideração da ordem como fim dele, sempre viu na ameaça de sanções negativas, como penas, multas, reparações, ressarcimentos de danos etc., o instrumento com o qual o direito persegue o seu próprio fim. Jhering entendera perfeitamente que as “alavancas” (como ele as denominava) da ordem social eram duas: as recompensas e as penas –, mas atribuíra as primeiras ao mundo da economia e as segundas

²⁴ Sobre esse tema, ver F. WERNER, *Wandelt sich die Funktion des Rechts im sozialen Rechtsstaat?*, in *Die moderne Demokratie und ihr Recht* (Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag), Mohr, Tübingen, 1966, vol. II, p.153-66.

²⁵ *Sulla funzione promozionale del diritto*, in “*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*”, XXIII, 1969, p.1.312-29; *Sulle sanzioni positive*, in *Studi dedicati ad Antonio Raselli*, Giuffrè, Milão, 1971, vol. I, p.229-49, ambos neste mesmo volume. Cfr. D. PASSI, *Potere, stato e funzioni del diritto*, in “*L’eloquenza*”, LXIII, 1973, p.517-30.

tão-somente ao direito (contudo, Jhering tinha uma concepção substancialmente privatista da economia).

Em uma concepção sociológica global da história, como é a traçada por Durkheim na *Divisione del lavoro sociale*, a passagem da solidariedade mecânica para a orgânica caracterizava-se pela transformação das sanções repressivas em restitutivas, mas ambas se inseriam no tipo das sanções negativas. Kelsen distingue três tipos de ordenamentos normativos: aqueles que contam com a observância espontânea das normas, e, portanto, não necessitam de sanções; aqueles que se fiam nas sanções positivas; e aqueles que recorrem a sanções negativas. Segundo Kelsen, o direito pertence, sem sombra de dúvida, à terceira categoria. Talvez evocando Jhering, afirma que “a técnica da recompensa desenvolve um papel significativo apenas nas relações privadas dos indivíduos”.²⁶ A teoria tradicional sai minimamente arranhada até nos tratados mais recentes, como o de Lukić, já citado, e o de Eduardo Garcia Maynez.²⁷ Assim, porém, quem observar as tarefas do Estado contemporâneo e as comparar com as tarefas dos Estados de outras épocas, sobretudo a de controlar e dirigir o desenvolvimento econômico, não pode deixar de perceber que o Estado, por meio do direito, desenvolve também uma função de estímulo, de provimento, de provocação da conduta dos indivíduos e dos grupos, que é a antítese exata da função apenas protetora ou apenas repressora. A velha afirmação, ainda recentemente repetida, de que o direito pune a inobservância das próprias normas e não premia a observância, não espelha a realidade de fato.²⁸ Quando o Estado pretende encorajar certas atividades econômicas (e não apenas econô-

²⁶ H. Kelsen, *General theory of law and state*, Harvard University Press, Cambridge, 1945, p.18 (trad. it., *Teoria generale del diritto e dello stato*, Edizioni di Comunità, Milão, 1952, p.18) [*Teoria geral do direito e do Estado*, 5. ed., trad. port. Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2005].

²⁷ E. GARCÍA MAYNEZ, *Filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1974, p.73 em diante.

²⁸ Dessa forma, está em G. SPITTEK, *Probleme bei der Durchsetzung sozialer Normen*, in “Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie”, vol. 1, 1970, p.205-25. Sobre o tema “prêmios e recompensas” em geral e considerações de caráter sociológico, ver J. GALTUNG, *On the meaning of non-violence*, in “Journal of peace research”, 1965, 3, p.228-57, e do mesmo autor, *Violence, peace and peace research*, in “Journal of peace research”, 1969, 3, p.167-91.

micas), vale-se, cada vez com maior frequência, do procedimento do Incentivo ou do prêmio, isto é, do procedimento da sanção positiva. Ora, esse procedimento consiste, precisamente, em uma vantagem oferecida a quem observe a norma, ao passo que para a inobservância da mesma norma não há qualquer consequência jurídica, como ocorre com a observância das normas reforçadas por uma sanção negativa. Em suma, a diferença entre a técnica do incentivo e a técnica tradicional da sanção negativa está precisamente no fato de que o comportamento que tem consequências jurídicas não é a inobservância, mas a observância. Trata-se de um fenômeno macroscópico, que não pode passar despercebido: ele caracteriza a produção jurídica nos Estados contemporâneos, tanto nos capitalistas quanto, com ainda maior razão, nos socialistas, e naqueles recém-formados, incidindo profundamente no modo tradicional de considerar a função do direito. A respeito disso, falei, alhures, de função promocional do direito, contrapondo-a às várias técnicas bem mais conhecidas pelas quais o direito, em vez de promover comportamentos considerados desejáveis, remove comportamentos considerados indesejáveis. Também esse fenômeno, como todos aqueles examinados até aqui, pode ser revelado somente pelo deslocamento do estudo do direito da estrutura à função, o que requer, para tanto, uma análise da palavra funcional em seu sentido pleno.

II

7. Aponte alguns motivos que requerem e justificam uma análise funcional do direito. Esta é chamada a estender o seu olhar a problemas que eram completamente desconhecidos para as teorias gerais do direito orientadas pela análise estrutural do ordenamento jurídico, os quais estão, ao contrário, completamente à vontade no campo de investigação da sociologia do direito.²⁹ E isto, ao menos

²⁹ Retomo o tema esboçado na minha intervenção sobre as tarefas da sociologia do direito, *Teoria sociologica e teoria generale del diritto*, in "Sociologia del diritto", I, 1974, p.9-15.

por duas razões: primeiro, porque são problemas ligados à consideração do direito como subsistema do sistema social considerado na sua globalidade, e, assim, para serem enfrentados, requerem o estudo das relações entre o direito e a sociedade, as quais, e apenas elas, aliás, permitem perceber as repercussões que as transformações da sociedade têm sobre a transformação do direito; segundo, porque problemas como aqueles que mencionei, da mudança de função do direito, da função negativa, da disfunção ou de enfraquecimento, etc., exigem as técnicas de pesquisa empírica que são próprias das ciências sociais – que se diferenciam enquanto tais das técnicas de que se valem os juristas para desenvolver o seu papel de intérpretes e críticos de um determinado direito positivo – a fim de serem tratados exaustivamente, avançando além das generalizações teóricas.

Digo logo que o interesse pelo problema da função ou das funções do direito, do modo como se desenvolveu nesses últimos anos, não deve nos impedir de ver que os resultados até agora alcançados por esse tipo de análise estão bem longe de ser satisfatórios. A qualquer pessoa que passe os olhos sobre o elenco das funções atribuídas ao direito na maioria desses escritos³⁰ é impossível não sair

³⁰ Indico alguns deles: R. S. SUMMERS, *The technique element in law*, in "California Law Review", LIX, 1971, p.733-51, o qual enumera as seguintes funções (lista que ele mesmo não considera exaustiva): 1) fortalecimento da família; 2) promoção da saúde; 3) manutenção da paz social; 4) reparação das injustiças; 5) facilitação das trocas; 6) reconhecimento e ordenação da propriedade privada; 7) garantia das principais liberdades; 8) proteção da "privacy"; 9) controle das atividades jurídicas privadas e públicas. M. REHBINDER, no artigo já citado (*Le funzioni sociali del diritto*), retoma o elenco das funções dado por K. L. LUEWELLYN, *The normative, the legal and the law-job: the problem of the juristic method*, in "Yale law journal", XLIX, p.1.355-440, que é o seguinte: 1) composição dos conflitos; 2) regulação dos comportamentos; 3) organização e legitimação do poder na sociedade; 4) estruturação das condições de vida na sociedade; 5) administração da justiça. Na comunicação apresentada no congresso de Madrid (1973), L. RICASÉNS SICHES distingue três funções: 1) certeza e segurança e, contemporaneamente, também possibilidade de mudança; 2) solução dos conflitos de interesse; 3) organização, legitimação e limitação do poder político (*Las funciones del derecho*, da cópia datilografada distribuída no congresso, p.1). No artigo já citado de V. AUBERT (*The social function of law*), encontram-se as seguintes funções: 1) fortalecimento da autoridade das regras de conduta promulgadas com o fim de conseguir a sua observância; 2) solução dos conflitos; 3) distribuição de recursos. W. MAHOFFER, no artigo citado (*Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*), diferencia as funções sociais das funções antropológicas, e em seguida sub-diferencia as primeiras em funções reguladoras e integradoras e, as segundas, em funções racionalizadoras e antecipatórias. No livro *Sociologia del diritto*, trad. it., Il Mulino, Bolonha, 1970 (a edição original norte-americana pela Randon House de New York é de 1968), E. M. Schur apresenta uma tabela comparativa entre as funções do direito segundo HART (*Il concetto del diritto*, Einaudi, Turim, 1965, cap. V), segundo E.

com a impressão de que tais elencos são, por um lado, uma reunião de coisas bastante óbvias, que pouco ou nada acrescentam ao nosso conhecimento do fenômeno jurídico, e que, por outro lado, são compostos por elementos heterogêneos, do que surge imediatamente a suspeita de que, na expressão “função do direito”, tanto o termo “função” quanto o termo “direito” são empregados, sem que isso seja explicitado, com significados diferentes. Nessa segunda parte do escrito, vou me deter em algumas dessas dificuldades de ordem teórica, porque uma pesquisa empírica, em cuja direção avança a sociologia jurídica, só tem a ganhar com um esclarecimento dos seus pressupostos conceituais e com a eliminação das mais grosseiras confusões terminológicas. Deixo de lado as dificuldades que advêm do emprego de um termo multi-uso como “função” (acerca do qual já foram gastos rios de tinta). Limito-me a empregá-lo no uso corrente das teorias funcionalistas: um uso, como foi inúmeras vezes repetido, que nasce no terreno das ciências biológicas, por meio da analogia da sociedade humana com o organismo animal, e no qual por “função” se entende a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo.

8. A primeira dificuldade sobre a qual pretendo me deter deriva do fato de que, quando nos interrogamos sobre a função do direito, a resposta, como já foi ressaltado, é diferente, de acordo com a resposta que se dá à pergunta: “Função em relação a quê?” Em qualquer teoria social estão sempre presentes dois pólos: a) a sociedade como totalidade, não importa se esta totalidade é considerada um organismo, em analogia mais ou menos estreita com o organismo biológico, ou, então, um sistema em equilíbrio (de resto, os dois modelos, o do

A. HOEBEL (*The law of primitive man*, Harvard University Press, Cambridge, 1954, cap. XI) e segundo PARSONS (*The law and social control*, in *Law and sociology: Exploratory essays*, organizado por W. M. EVANS, Free Press, New York, 1962; localizá-la na p. 101, com seus respectivos comentários).

organismo e o do sistema, não são, de modo algum, incompatíveis, e, com frequência, um é utilizado para interpretar o outro); b) os indivíduos, que são partes componentes dessa totalidade, interagem entre si e com o todo. Quem se põe o problema da função do direito, faz referência a qual dos dois pólos? Põe-se o problema de qual é a função do direito em relação à sociedade como totalidade ou em relação aos indivíduos que dela fazem parte? Provavelmente, em relação a ambos, o que é perfeitamente lícito. O que não é lícito e cria confusão é que os dois problemas não sejam claramente diferenciados. Se eu digo, como diz o príncipe dos funcionalistas, que a principal função do direito é a integração social,³¹ coloco-me do ponto de vista da sociedade e me ponho um problema determinado, que é o da função do direito em relação à sociedade no seu conjunto. Se eu digo, como dizem geralmente os antropólogos, que a função do direito é tornar possível a satisfação de algumas necessidades fundamentais do homem, como a nutrição, o sexo e outras necessidades de ordem cultural e assim por diante, nas sociedades mais evoluídas, coloco-me do ponto de vista do indivíduo e me ponho um outro problema determinado, que é o da função do direito em relação aos indivíduos singularmente considerados.

Já foi corretamente sublinhada a diferença entre a função do direito em relação ao sistema (as *systemfunktionale Bestimmungen des Rechts*, de Helmut Schelsky) e a função antropológica do direito.³² Mas não é necessário incomodar sociólogos e antropólogos para colocar em destaque essa distinção. Quando Kelsen, que não era sociólogo nem antropólogo, afirma que o direito é uma técnica de organização social cuja função é tornar possível a paz social,

³¹ Para uma interpretação e um desenvolvimento da teoria parsoniana do direito, ver H. C. BREDEMUEHL, *Law as an integrative mechanism*, in W. M. EVAN, op. cit., p.73-90. Sobre sociologia do direito de tendência estrutural-funcionalista, em particular sobre Parsons, ver A. GIASANTI, *Sistema sociale e sistema giuridico nella prospettiva strutturale-funzionale*, in "Quaderni di sociologia", XXI, 1972, p.73-95. Ver também o já citado ensaio de H. SCHLSKY, *Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie*, p.51-7.

³² A distinção entre funções sociais e funções antropológicas encontra-se tanto no ensaio de Maihofer quanto naquele de Schelsky, ambos já citados.

coloca-se do ponto de vista da sociedade como um todo. Quando Jhering – que, como Kelsen, era antes de tudo um jurista –, afirma, como já vimos, que a finalidade do direito é garantir as condições de existência da sociedade, entendendo por condições de existência “os pressupostos a que subjetivamente está ligada a vida”, seja física, seja espiritual, dos indivíduos, e exemplifica falando da “honra”, da “liberdade” ou da “vida”,³³ coloca-se, evidentemente, do ponto de vista dos indivíduos considerados singularmente e dos seus interesses específicos (não importa, afinal, se a satisfação desses interesses redunde em benefício à sociedade como um todo). Entende-se que esses dois pontos de vista não sejam arbitrários: representam duas diferentes concepções globais da sociedade, a universalista, para a qual o que conta é a floresta, e não as árvores, e a individualista, para a qual contam as árvores, e não a floresta. E podem, ainda, representar dois modos diversos de observar os problemas sociais, aquele *ex parte principis* e aquele *ex parte populi*: a função social do direito é relevante para os governantes, isto é, para quem ele é um instrumento de governo; a função individual do direito é relevante para os governados, isto é, para quem vê nele um instrumento de proteção, garantia, libertação, etc. de cada um dos membros da sociedade. Essas duas perspectivas não são inteiramente incompatíveis: antes, considero que uma análise funcional que pretenda ser completa deveria levar ambas em consideração. Entretanto, para isso é necessário, antes de tudo, ter plena consciência delas, coisa que, na copiosa literatura sobre o tema, parece-me que nem sempre tem ocorrido.

9. Um segundo motivo de confusão nasce do fato de que as funções enumeradas nem sempre podem ser colocadas no mesmo nível, mas representam graus ou momentos diversos da influência do direito sobre a sociedade. A lógica da análise funcional é a lógica da relação meio-fim, para a qual um fim, uma vez alcançado, torna-se

33 R. VON JHERING, *Lo scopo del diritto*, cit., p.313 [A finalidade do direito, cit.].

meio para a realização de um outro fim, e assim por diante, até se fixar em um fim proposto ou aceito como último. Aqui também está claro que a resposta à pergunta “quais são as funções do direito” muda conforme nos detenhemos nos fins intermediários ou desejemos observar o fim último – ou aquele fim que acreditamos ser o último – ou, então, somente os fins que, embora sendo intermediários, são, por sua vez, o resultado da conquista de fins que, em contraposição ao último, podemos chamar de “primeiros”.

Quem, por exemplo, coloca no seu próprio elenco de funções do direito a segurança (ou a ordem social), a solução de conflitos de interesse ou a organização do poder político,³⁴ põe no mesmo plano funções que, na realidade, localizam-se em níveis distintos e que provavelmente poderiam ser, para maior clareza, encadeadas uma à outra. Mais especificamente, a função de segurança e a de solução de conflitos não estão uma ao lado da outra, mas estão, se posso me expressar desta forma, uma dentro da outra, já que, com certeza, uma das maneiras pelas quais o direito exerce a função de garantir a segurança social é também um modo eficaz de solucionar os conflitos – talvez o mais eficaz, em última instância. Não diversamente se apresenta o problema da relação entre essas duas funções e a terceira, relativa à organização do poder. Garantia da segurança social, solução dos conflitos e organização do poder, são três tarefas teleologicamente coligadas, tanto que a solução dos conflitos, que é um meio em relação ao fim da segurança, torna-se um resultado quando a relacionamos com a organização do poder e, portanto passa a ser possível estabelecer uma concatenação deste tipo: a organização do poder tem a função de tornar possível a solução dos conflitos, a qual tem a função de tornar possível a segurança social. Para dar um outro exemplo, nada impede que se afirma que a (verdadeira) função do direito, isto é, a função que permite diferenciar

³⁴ Como faz RECASENS SICHES, na comunicação citada na nota 30.

ontologicamente o direito, é realizar a justiça como modo específico de superar a insegurança social.³⁵

Todavia, essa definição não impede, aliás, implica, em um certo sentido, que também sejam funções do direito – ainda que intermediárias, e, para quem busca a “verdadeira” função, não específicas – todas aquelas outras operações que, com frequência, são enumeradas como funções por sociólogos e antropólogos. Talvez se possa afirmar que, além do ponto de vista do sociólogo e do antropólogo, é preciso levar em consideração também o ponto de vista do filósofo. Prestemos atenção à função que foi denominada distributiva, isto é, a série de operações por meio das quais o direito persegue o objetivo de distribuir os recursos. Nada impede que, diante da apresentação dessa função, façamos uma outra pergunta: “Qual é a função da repartição dos recursos?” É provável que a resposta tenha o seguinte teor: “A realização da justiça social”. Como se percebe, ver o direito em função da justiça não exclui, em absoluto, vê-lo em função das operações que podem ser consideradas os instrumentos mais idôneos para atingir o resultado final. Talvez o filósofo, em busca da função última, corra o risco de trocar o ser pelo dever-ser e de saltar, sem se dar conta, do problema de qual seja a função do direito em uma dada situação para o problema de qual deva ser.

10. As dificuldades até agora ressaltadas derivam, principalmente, do emprego do termo “função”. Contudo, não menos graves, e talvez ainda mais graves, são as dificuldades que nascem da ambigüidade ou, pelo menos, da maneira genérica pela qual o termo “direito” é empregado. Na expressão “função do direito”, o que se entende especificamente por “direito”? Estamos realmente seguros de que todos aqueles que se movimentam em busca da função do direito atri-

³⁵ Essa é a tese de S. COTIA, *Ha il diritto una funzione propria?*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, LI, 1974, p.398-412: “O *Sein* do direito indica-nos, portanto, com suficiente precisão qual é a função própria do direito: realizar a justiça como modo específico de superar a insegurança existencial” (p.411).

buem ao termo “direito” o mesmo significado (ver *sub a*)? E, mesmo admitindo que exista um acordo tácito sobre o significado geral dado ao termo nessa expressão, ele não é demasiado amplo para ser empregado com proveito em uma análise das funções, que, como vimos, nada têm, elas próprias, de bem definido, podendo ser individuais e sociais, de primeiro, de segundo, de terceiro grau (ver *sub b*)?

a) A melhor prova do significado diverso com que o termo “direito” é empregado na análise funcional é dada pela presença constante, no discurso daqueles que se colocaram o problema das funções do direito, de dois pares de atributos que são perfeitamente legítimos, mas que, não tendo qualquer correspondência entre si, devem ser explicados pelo significado diverso do substantivo ao qual se referem. A análise funcional, de fato, foi se concentrando, sobretudo, em torno dessas duas ordens de questões: se o direito tem uma função repressiva ou também distributiva, promocional, etc.; se o direito tem uma função de conservação (ou de estabilização) ou também de inovação (falou-se inclusive de “função revolucionária” do direito), e dentro de quais limites. As duas questões são diferentes, mesmo que se possa ver um certo vínculo entre função repressiva e conservadora, de um lado, e função promocional e inovadora, de outro. Trata-se, contudo, de um vínculo muito lábil, porque é possível usar o instrumento do direito para reprimir a mudança, mas também para promover a conservação; ou para promover a mudança, mas também para reprimir a conservação. São diferentes porque a primeira diz respeito aos remédios empregados pelo direito para exercer a sua função primária (mas não exclusiva), que é condicionar o comportamento dos membros de um determinado grupo social; a segunda diz respeito aos resultados obtidos em relação à sociedade considerada em seu todo. Entretanto, parecem diferentes apenas a quem se der conta de que o direito do qual se fala a propósito do primeiro par não é o direito do qual se fala a propósito do segundo. No primeiro, o direito é considerado um certo tipo de instrumento para o condicionamento dos comportamentos; no segundo, é considera-

do com referência aos comportamentos que consegue condicionar pelos meios de que dispõe. Em outras palavras, o efeito repressivo ou promocional do direito depende do direito entendido como meio de condicionamento dos comportamentos; o efeito conservador ou inovador depende do direito entendido como regra ou conjunto de regras que têm por objeto um determinado comportamento, cuja realização ou não-realização influi em uma dada direção, que pode ser tanto a da conservação quanto a da inovação, sobre a configuração da sociedade em seu todo.

Quem se coloca o problema da função do direito em termos de função repressiva ou promocional, observa o meio pelo qual o direito opera; quem se coloca o problema em termos de função conservadora ou inovadora, observa aquilo que as regras, consideradas uma a uma, prescrevem ou permitem, bem como a sua eficácia. Uma expressão como "função revolucionária do direito" não tem qualquer sentido se o termo "direito" for entendido como meio de coação (porque, com este meio, aqueles que detêm o poder podem revolucionar o estado de coisas existente tanto quanto podem deixá-lo tal como está). Adquire sentido apenas se se pretende falar das mudanças sociais que, conforme aquele meio, podem ser produzidas, e, portanto, dos conteúdos políticos, econômicos, sociais que, um a um, possam vir a ser reduzidos àquela forma. Para julgar se o direito tem função repressiva ou promocional basta levar em consideração o remédio; para julgar se tem função de conservação ou de inovação, é necessário considerar as providências concretas que, por meio daqueles remédios, são impostas ou solicitadas. Isto permite concluir que o problema da função do direito abre caminho para duas respostas diferentes: conforme nos proponhamos a estudar quais efeitos derivam do uso de um certo meio de coação e de promoção social a que damos, por comum consenso, o nome de direito ou, então, conforme nos proponhamos a estudar quais efeitos derivam dos comportamentos que, por aquele meio, foram impostos ou proibidos, encorajados ou desencorajados, etc. ou, de modo mais geral, dos institutos sociais

que, sendo regulados por normas jurídicas, denominamos, igualmente por comum consenso, o “direito” de um determinado grupo social.

b) O conceito do direito é tão vasto que uma análise funcional que não proceda às devidas distinções se torna de escassa utilidade. A primeira distinção que deveria ser levada em conta é aquela entre direito privado e direito público, a qual denominei, alhures, a “grande dicotomia”.³⁶ Quando enfrentamos o problema das funções do direito, referimo-nos a qual dos dois direitos: ao direito privado ou ao público? Levar em consideração essa distinção é tanto mais necessário à medida que – enquanto parece ser um empreendimento desesperado determinar o caráter específico do direito como meio de controle social por meio de um elenco, que é sempre incompleto, das suas funções – a distinção entre direito privado e direito público é possível mediante o recurso à diferente função que um e outro desenvolvem no interior do vasto campo de um sistema jurídico, ou, pelo menos, à medida que a diferença funcional entre as duas formas de direito não é assim tão aberrante quanto a distinção funcional entre o direito como um todo e outras formas de controle social, tais como a moral social, os costumes, as convenções, etc. E digo mais: a importância fundamental que assume, em qualquer teoria do direito, a distinção entre direito privado e direito público reside, a meu ver, precisamente no fato de que a ela são referidas e com ela são explicadas as duas principais funções tradicionalmente atribuídas a um ordenamento jurídico: a função de permitir a coexistência de interesses individuais divergentes, por meio de regras que devem servir para tornar menos frequentes e menos áspersos os conflitos, e outras regras que devem servir para solucioná-los depois que eles surgiram; e a função de direcionar interesses divergentes no sentido de um objetivo comum por meio de regras imperativas e geralmente restritivas.

³⁶ Assim denominei a distinção entre direito privado e público no artigo *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Pádua, 1974, p.2187-200. Este artigo está relacionado a um artigo anterior, intitulado *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, Giappichelli, Turim, 1971, vol. IV, p.615-35 (publicado também na “*Rivista internazionale di filosofia del diritto*”, XLVII, 1970, p.187-204). Ambos os artigos encontram-se neste mesmo volume (*A grande dicotomia e Do uso das grandes na teoria do direito*).

Além disso, há outras distinções entre vários tipos de normas, já incorporadas pelo uso da teoria geral, que devem seu nascimento, ainda que inconscientemente, à análise funcional, e, portanto, uma análise funcional não deveria ser negligenciada. Refiro-me à distinção entre normas de conduta e normas de organização, e àquela, formulada por Hart, entre normas primárias e normas secundárias.³⁷ O critério discriminante de ambas as diferenciações é predominantemente funcional. Com isso, quero dizer que os autores que dele se servem recorrem às funções a que estão respectivamente destinados os vários tipos de normas para caracterizá-los, e não a outros elementos, como a estrutura ou o conteúdo. Com efeito, segundo a doutrina corrente, a função das normas de conduta é tornar possível a convivência dos indivíduos ou grupos que perseguem, cada qual, fins individuais, ao passo que a função das normas de organização é tornar possível a cooperação de indivíduos ou grupos que perseguem, cada qual, segundo seu próprio papel específico, um fim comum.

É de conhecimento geral que Hart recorre a critérios funcionais para caracterizar os três tipos de normas secundárias, que ele acreditou individualizar e distinguir das normas primárias: as normas de reconhecimento têm a função de estabelecer um remédio para a incerteza de um sistema composto apenas de normas primárias; as normas de mudança têm a função de proteger um sistema normativo da imobilidade; as normas de juízo têm a função de prover a sua maior eficácia. Com essa consequência: um sistema jurídico, como o composto de normas primárias e normas secundárias, é, além de estruturalmente, também funcionalmente diferente de um sistema normativo não jurídico. É interessante notar que, diante do problema típico de qualquer análise funcional, da relação entre estrutura e fun-

³⁷ Retomo um tema já tratado em outras oportunidades, em especial in *Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires*, in *La règle de droit*, Émile Bruylant, Bruxelles, 1971, p.104-22 (também em italiano, sob o título *Ancora sulle norme primarie e secondarie*, in "Rivista di filosofia", LIX, 1968, p.35-53, e depois sob o título *Norme primarie e norme secondarie*, no volume *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turim, 1970, p.175-97); e in *Per un lessico di teoria generale del diritto*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Pádua, vol. I, p.1-14.

ção, Hart explica a estrutura partindo da função (no sentido de que o direito tem determinada função porque tem determinada estrutura), e não vice-versa, enquanto a teoria geral do direito, nas suas expressões mais comuns, a começar por Kelsen, fez o inverso, isto é, explicou a função (a manutenção da ordem) a partir da estrutura (o direito como ordenamento da força).

11. Coloquei em evidência algumas dificuldades enfrentadas pela análise funcional do direito, ou seja, quais são as armadilhas em que se arrisca cair qualquer pessoa que se aventure neste campo com demasiada confiança e sem proteger as costas, para tentar explicar o fato de que, não obstante a importância assumida pela análise funcional depois do aumento das contribuições das várias máquinas produtoras de normas jurídicas, e em proporção a esse aumento, uma teoria funcional do direito – aqui entendida como uma teoria geral que busca o elemento caracterizador do direito não na especificidade da estrutura, como ocorrera até agora por obra dos maiores juristas teóricos, mas, sim, na especificidade da função – ainda esteja por vir. As tentativas até agora feitas nesta direção parecem bastante desanimadoras, porque ou terminam por mostrar exatamente o contrário daquilo a que se propunham, isto é, que pela revelação da função não se chega a apreender o caráter específico do direito (como, a meu ver, sucedeu a Parsons e aos seus intérpretes), ou, então, quando vão em busca de uma função específica diferente daquela ou daquelas geralmente reconhecidas, caem em uma desorientadora simplificação, como, a meu ver, sucedeu ao mais refinado (e complicado) teórico da função do direito, Niklas Luhmann, que atribui ao direito a função de *congruente Generalisierung* de expectativas normativas.³⁸

³⁸ É verdadeiramente meritório o ensaio de A. FEBBRAIO, *Sociologia del diritto e funzionalismo strutturale nell'opera di N. Luhmann*, in "Sociologia del diritto", I, 1974, n.2, p.303-32, que procura explicar aos leigos o pensamento (inutilmente) complicado do teórico e sociólogo do direito que está no centro do debate sobre a sociologia do direito hoje na Alemanha, como mostra a rica bibliografia citada na p.305. Quando o presente livro já estava em preparação, o mesmo autor publicou uma monografia inteira sobre o sociólogo alemão: *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Giuffrè, Milão, 1975. A definição do direito dada no texto encontra-se in N. LUHMANN, *Rechtssozologie*, cit., vol. I, p.105 [*Sociologia do direito*, cit.].

Como efeito da complexidade do fenômeno jurídico, está ocorrendo nas teorias funcionais aquilo que já ocorreu com as teorias estruturais, que, quando eram demasiado específicas, deixavam fora de suas fronteiras alguns pedaços do território (por exemplo, o direito internacional); quando queriam abraçar todos os campos tradicionalmente ocupados pelo direito, ou dos quais se ocuparam historicamente os juristas, acabavam sendo demasiado genéricas. Não gostaria, a esta altura, que alguém acreditasse ser possível sair do impasse unindo as características estruturais e as funcionais por meio de uma pretenciosa análise estrutural-funcional. Entre estrutura (do direito) e função (do direito) não há correspondência biunívoca, porque a mesma estrutura, por exemplo, o direito considerado como combinação de normas primárias e secundárias, pode ter as mais diversas funções, assim como a mesma função, por exemplo, aquela, comumente atribuída ao direito, de tornar possível a coesão e a integração do grupo, pode realizar-se mediante diversas estruturas normativas. (O que não quer dizer que a estrutura e a função sejam independentes: modificações da função podem incidir sobre modificações estruturais, e vice-versa). Enfim, se quisermos deduzir uma consideração final, tal seria que a análise estrutural, atenta às modificações da estrutura, e a análise funcional, atenta às modificações da função, devem ser continuamente alimentadas e avançar lado a lado, sem que a primeira, como ocorreu no passado, eclipse a segunda, e sem que a segunda eclipse a primeira como poderia ocorrer em uma inversão das perspectivas a que os hábitos, as modas, o prazer do novo pelo novo, são particularmente favoráveis.

6 DO USO DAS GRANDES DICOTOMIAS NA TEORIA DO DIREITO

SUMÁRIO – 1. Normas de conduta e normas de organização – 2. A distinção entre normas de conduta e de organização não coincide com a distinção entre normas positivas e negativas nem com a distinção entre normas abstratas e concretas – 3. A distinção entre normas de conduta e de organização com base em sua distinta função – 4. Comparação entre as normas de conduta e de organização, de um lado, e as normas primárias e secundárias, de outro – 5. A distinção entre normas de conduta e de organização colocada em relação à distinção entre teoria do direito como relação e teoria do direito como instituição – 6. As “grandes dicotomias” e a sua importância sistemática – 7. A grande dicotomia entre normas de conduta e de organização comparada às grandes dicotomias dos jusnaturalistas e dos sociólogos positivistas – 8. ... e à grande dicotomia de Durkheim entre solidariedade mecânica e orgânica – 9. Da distinção entre sanções repressivas e sanções restitutivas à distinção entre sanções negativas e positivas.

1. Proponho-me chamar a atenção dos estudiosos de teoria geral do direito e dos juristas para dois artigos recentes do economista Friedrich A. Hayek, publicados no idioma italiano em revistas não jurídicas.¹ Nesses dois artigos, o autor usa uma contraposição, bem conhecida pelos juristas, entre dois tipos de normas, para descrever e diferenciar dois tipos de ordenamento estatal. Os dois tipos de normas são as *normas de conduta* e as *normas de organização*. A tese de Hayek

¹ Esses dois artigos são: F. A. HAYEK, *The principles of a liberal social order*, in “Il Politico”, XXXI, 1966, p.601-18 (citado de agora em diante como I); e *Ordinamento giuridico e ordine sociale*, in “Il Politico”, XXXII, 1968, p.693-723 (citado de agora em diante como II). Do primeiro, foi publicada uma tradução italiana sob o título *Il liberalismo di F.A. Hayek*, in “Biblioteca della libertà”, IV, 1967, p.28-55, à qual me refiro nas citações. Quem desejar ampliar seus conhecimentos sobre os conceitos jurídicos de Hayek deve ler o livro *The constitution of liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960, traduzido recentemente para o italiano sob o título *La società libera*, Vallecchi, Florença, 1969, sobretudo a segunda parte, intitulada “La libertà e la legge” (p.151-283).

é que a passagem do Estado liberal para o assistencial seria marcada pelo aumento das normas de organização em relação às normas de conduta. No primeiro artigo:

Uma característica da sociedade liberal é que o cidadão pode ser constrangido a obedecer apenas às normas de direito privado e penal; a progressiva contaminação do direito privado pelo direito público durante os últimos oitenta ou cem anos, isto é, a progressiva substituição de normas de comportamento por normas de organização, é um dos principais modos pelos quais se efetuou a destruição do ordenamento liberal.²

No segundo:

O ponto de partida e o ponto de chegada do desenvolvimento que conduz da superação gradual da ordem espontânea a uma forma de organização completamente diferente correspondem, respectivamente, ao Estado liberal e ao Estado totalitário. Geralmente não percebemos que este processo de transformação se reflete no terreno jurídico, na expansão do direito público em prejuízo do direito privado, e, portanto, na substituição de regras de comportamento mediante regras de organização.³

Prescindindo completamente dos juízos de valor do autor, que, como se sabe, é um teórico e defensor, até as últimas consequências, do liberalismo clássico e lamenta como retrocesso o que outros exaltam como progresso. Do ponto de vista da teoria geral do direito, a partir do qual me posiciono, interessam-me aqui, exclusivamente, dois problemas: *a)* se o emprego que Hayek faz dos instrumentos conceituais tirados da teoria do direito está *correto*; *b)* se esses instrumentos conceituais, na sua interpretação mais correta, seriam *adequados ao objetivo*, isto é, serviriam para oferecer a representação mais exata possível da “grande dicotomia” que Hayek tem em mente. Na primeira parte (§§ 2-5), será desenvolvida uma análise da distinção entre normas de conduta e de organização e da noção mesma de

² I, p.609. O destaque é meu.

³ II, p.717-8. O destaque é meu.

normas de organização; na segunda (§§ 6-9), a grande dicotomia do autor será confrontada com outras que têm, igualmente, empregado instrumentos conceituais provenientes do direito, e será proposta uma dicotomia alternativa.

2. Desde que veio à luz, a distinção entre normas de conduta e de normas de organização levou vantagem sobre todas as demais distinções tradicionais, como a distinção exaustiva do conjunto de normas que compõe um ordenamento jurídico. A única que ainda não cede lugar é aquela entre normas primárias e normas secundárias, da qual falaremos mais adiante. Apesar disso, não me parece que a noção de norma de organização tenha sido, até agora, aprofundada como o seu uso contínuo exigiria. Nem parece imediatamente claro o critério com base no qual esse tipo de norma se diferencia de um outro tipo, denominado "norma de conduta", ao menos porque também as normas de organização, pelo simples fato de serem normas, são normas de conduta. Portanto, se a distinção tem um sentido, ela não pode se fundamentar no fato de haver normas que regulam a conduta e outras que regulam algo diverso da conduta, mas, evidentemente, deve apoiar-se sobre alguma outra base, que a infeliz terminologia encobre.

Do próprio Hayek, que embora tenha adotado a distinção, designando-lhe um papel tão importante como o de caracterizar dois tipos de ordenamento estatal, esperaríamos uma definição precisa dos dois tipos de normas. Para início de conversa, parece que, para o nosso autor, a distinção entre normas de conduta e normas de organização coincide, como podemos notar pelas mesmas passagens citadas, com a distinção entre direito privado e direito público. Essa sobreposição é uma primeira causa de confusão, ao menos por duas razões: a) se levarmos em consideração um dos dois critérios clássicos com base nos quais se pode dar um sentido à disputadíssima distinção entre direito privado e direito público – pretendo dizer o critério do tipo de *interesse* (de cada cidadão ou do Estado) –, são normas de

direito público, por exemplo, as normas de direito penal, que Hayek coloca, de resto corretamente, entre as de conduta; b) se, como Hayek parece fazer, atribuímos às normas de organização a função de produzir um ordenamento artificial das ações, contrapondo-a à função das normas de conduta, que consistiria em tornar possível o seu ordenamento espontâneo, não há motivo para que não devam ser incluídas, entre as normas de organização, normas indubitavelmente pertencentes ao direito privado, como aquelas que regulam as sociedades por ações (que constituem um exemplo bastante característico de “ordenamento artificial das ações”).

Em segundo lugar, aflora em inúmeros trechos dos escritos citados anteriormente a tentação de substituir a distinção entre normas de conduta e de organização pela distinção entre normas negativas (ou proibições) e positivas (ou comandos). Ora, esta tentação só pode resultar do fato de que da distinção entre normas de conduta e de organização deriva um uso genérico cujo alcance exato não é definido. A menos que não se restrinja o âmbito das normas de conduta ao das normas penais (mas esta restrição, além de ser arbitrária, acabaria por tornar perfeitamente inútil a categoria das normas de conduta), não há nenhum elemento do conceito de norma de conduta que permita privilegiar a conduta omissiva em relação à comissiva. Se o conceito de norma de conduta pode ter alguma utilidade, ele deve servir para compreender tanto as normas que regulam uma conduta negativa quanto as que regulam uma conduta positiva. Tampouco há, no conceito de norma de organização, qualquer elemento que induza a colocar em particular evidência mais o aspecto positivo do que o negativo da sua qualidade normativa (as normas de competência, que alguns identificam com as de organização, apresentam-se – pois estabelecem limites que não devem ser ultrapassados – mais como proibições do que como comandos).

Em terceiro lugar, na última parte do segundo artigo, a contraposição entre ordem espontânea e ordem artificial, que corresponderia à distinção entre Estado liberal e assistencial ou tendencialmente

totalitário, é reconduzida a um outro tipo de distinção entre normas jurídicas que nada tem a ver com a distinção entre normas de conduta e de organização, o que só aumenta a confusão. Desta vez, trata-se da distinção, que é retomada e discutida sobretudo em polêmica com Carl Schmitt, entre normas abstratas (entendendo-se por “abstração” que “a regra deve valer para um número impreciso de casos futuros”) e ordens (ou medidas) concretas,⁴ correspondente, grosso modo, à distinção entre legislação e administração. Qual seja a relação entre normas de conduta e caráter de abstração, de um lado, e normas de organização e caráter de concretude, de outro, Hayek não explica e tampouco é imediatamente evidente.⁵ Atendo-nos ao significado corrente de “abstração” como atributo das normas jurídicas (e também àquele assumido por Hayek na definição a que me reporte), as normas de organização são, na maioria das vezes, abstratas, não diferentemente das normas de conduta; e nada impede que uma norma de conduta possa ser, em casos específicos, concreta, por exemplo, a sentença do juiz que ordena a Fulano pagar um débito a Sicrano.

Enfim, dado que a principal contraposição, que é cara ao nosso autor e está implícita em todas as outras, é a contraposição entre ordem espontânea e ordem artificial das ações, não se pode deixar de destacar que a distinção jurídica correspondente não é, de maneira alguma, a distinção entre normas de conduta e de organização, mas, sim, a distinção bem mais antiga e fundamental entre direito consuetudinário e direito estatutário. A noção de direito consuetudinário tem seu lugar determinado no universo do direito, porque serve para representar o fenômeno da chamada “racionalidade espontânea” na formação de um ordenamento jurídico. Pois bem, esse fenômeno da racionalidade espontânea pode ocorrer tanto na esfera das relações intersubjetivas, que seriam reguladas pelas nor-

⁴ II, p.705.

⁵ Ver uma menção em II, ao final da p.718.

mas de conduta, quanto na formação das instituições sociais, que seriam reguladas pelas normas de organização. A melhor prova disso está no fato de que, ao lado de um direito consuetudinário privado, constituído por normas de conduta, os juristas sempre realçaram a existência de um direito consuetudinário público, constituído por normas de organização.

Desejando servir-nos da distinção entre normas de conduta e de organização, seria bom livrar o campo de possíveis confusões que podem ser (involuntariamente) suscitadas pelo modo de que Hayek se serve dessa distinção e de outras, não coincidentes com aquela, para alcançar um objetivo idêntico, que é, como foi dito, o objetivo de contrapor o Estado liberal, como ideal da sociedade aberta, ao Estado totalitário, como ideal da sociedade fechada. Em particular, é aconselhável não se deixar enganar pela utilização promíscua de várias distinções e não confundir a distinção entre normas de conduta e normas de organização com as distinções entre normas de direito privado e normas de direito público, entre normas negativas e normas positivas, e entre normas abstratas e ordens concretas.

3. Feitos os devidos esclarecimentos, é necessário reconhecer que Hayek viu muito bem a importância da distinção entre normas de conduta e normas de organização, para além do emprego meramente classificatório que dela possam fazer os juristas. Uma vez mais prescindindo dos juízos de valor do autor, que prefere uma sociedade em que prevaleçam as primeiras a uma sociedade em que prevaleçam as segundas, a ponto de dar a entender (com um verdadeiro salto lógico injustificado) que verdadeiras normas jurídicas são apenas as primeiras. A importância da distinção em exame está em que ela, melhor que qualquer outra, serve para individualizar as duas funções tradicionalmente atribuídas a um ordenamento jurídico: a função de tornar possível a *convivência* de indivíduos (ou grupos) que perseguem, cada qual, *fins individuais* e a função de tornar possível a *cooperação* de indivíduos ou grupos que perseguem um *fim*

normas. São normas de conduta as que, limitando a própria obra à coordenação de ações individuais, estabelecem as condições para obter o máximo de *independência* dos indivíduos que convivem entre si. São normas de organização as que, mediante um trabalho de convergência (forçada) de ações sociais, estabelecem as condições para proporcionar o mínimo de dependência necessário a indivíduos que cooperam entre si. Como foi dito, a dicção é infeliz, sobretudo no que se refere à expressão “normas de conduta”, porque não deixa claro qual tipo de contraposição é possível estabelecer entre conduta e organização, enquanto é imediatamente evidente a contraposição entre coordenação e convergência, entre ações individuais e ações sociais, entre independência e dependência, entre convivência e cooperação. Entretanto, dado que aquilo que conta não é tanto a dicção, mas o modo pelo qual a distinção é empregada, não há dúvida de que o papel primário a ela atribuído na descrição do ordenamento jurídico revela a importância da contraposição que ela pretende representar.

Uma vez estabelecida nesses termos a distinção, isto é, uma vez posto o acento na diversa função que as regras de um ordenamento jurídico desempenham – tornar possível a coexistência de interesses divergentes por meio da delimitação das esferas singulares de liberdade e tornar possível a composição de interesses convergentes por meio da designação de papéis específicos para que se atinja um fim comum –, é fácil explicar a tendência a se confundir essa distinção, de um lado, com a distinção entre direito privado e direito público e, de outro, com a distinção entre normas negativas e normas positivas. A primeira confusão nasce no âmbito do direito privado, do privilégio dado à ordenação da propriedade (e dos contratos), em que o sistema normativo desenvolve, visivelmente, a função de coordenação das ações, colocando à sombra o direito de família ou o direito empresarial, nos quais, ao contrário, a função do direito é também, e sobretudo, de organização; no âmbito do direito público, nasce do privilégio dado à regulamentação das secções públicas, na

qual é manifesta a função de organização, negligenciando o direito penal, que, junto com os direitos reais e com o direito das obrigações, constitui um conjunto de regras que visam estabelecer as condições mínimas para a convivência dos membros do grupo social. A segunda confusão nasce de um dos tantos paralelismos transmitidos pelos jusnaturalistas, entre as normas de convivência e o preceito negativo *neminem laedere*, de um lado, e entre as normas de organização e o preceito positivo *suum cuique tribuere*, de outro. Contudo, é um paralelismo que não resiste a uma análise particularizada de qualquer ordenamento jurídico concreto, a qual mostraria que a regulamentação da mera convivência necessita de normas positivas, da mesma forma que normas negativas podem ser necessárias para o bom funcionamento de uma organização.

4. Ainda que jamais mencionada nos ensaios de Hayek, há outra distinção entre normas que merece ser confrontada (e poderia, da mesma forma, com ela ser confundida) com a distinção entre normas de conduta e normas de organização. Refiro-me à distinção entre normas primárias e normas secundárias; não no sentido corrente, em que por “normas secundárias” entendem-se as normas sobre normas, mas no sentido proposto por Hart, para quem “normas primárias” são aquelas que impõem obrigações, e “normas secundárias”, as que conferem poderes.⁶ A tentação do confronto vem do fato de que Hart, como Hayek, usa a própria distinção para caracterizar dois tipos de ordenamento social – o das sociedades primitivas (compreendido aqui o ordenamento internacional), composto predominantemente por normas primárias, e o das sociedades evoluídas, no qual as normas secundárias se integram às normas primárias.

⁶ H. L. A. HART, *Il concetto del diritto*, Einaudi, Turim, 1965, p.35 [O conceito de direito, 3. ed., trad. port. A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001]. Sobre o tema, cfr. G. GAVAZZI, *Norme primarie e norme secondarie*, Giappichelli, Turim, 1966, e também o meu artigo *Ancora delle norme primarie e secondarie*, in “*Rivista di filosofia*”, LIX, 1968, p.35-53, posteriormente sob o título *Norme primarie e norme secondarie*, in *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turim, 1970, p.175-97.

É verdade, aliás, que os dois ordenamentos de que Hart fala não colocados, axiologicamente, em ordem inversa aos dois ordenamentos de que fala Hayek. Estabelecido, finalmente, um certo paralelismo entre normas primárias e normas de conduta, entre normas secundárias e normas de organização, é interessante observar que as duas dicotomias se cruzam, a de Hart, entre sociedade primitiva e evoluída, e a de Hayek, entre sociedade aberta e fechada: à sociedade primitiva do primeiro, caracterizada pela predominância das normas primárias, corresponde a sociedade fechada ou tribal do segundo, caracterizada pela predominância das normas de organização; inversamente, à sociedade evoluída do segundo, caracterizada pela predominância das normas de conduta, corresponde, em Hart, o ordenamento composto por um aparato cada vez mais rico e complexo de normas secundárias. Em outras palavras: enquanto para Hart o desenvolvimento histórico ideal avança no sentido que vai das normas primárias às secundárias, para Hayek, avança no sentido oposto, que vai das normas de organização às de conduta.

Apesar de extremamente sedutor, o confronto entre a distinção de Hayek e a distinção fundamental de Hart não deixa qualquer espaço para dúvidas acerca da conclusão de que as duas distinções não coincidem. Poderíamos, talvez, sustentar que a categoria das normas de conduta e a das normas que impõem obrigações (as normas primárias de Hart) tendem a se sobrepor. Mas podemos, com igual aproximação, sustentar que a categoria das normas de organização coincide com a das normas que conferem poderes? É indiscutível que Hart se sirva da categoria das normas atributivas para caracterizar o fenômeno da organização do aparato estatal. Entretanto, ele não pode ignorar que são normas atributivas também aquelas que conferem aos particulares o poder de celebrar contratos, fazer testamentos, contrair matrimônio. Por mais importante que seja a atribuição de poderes para a formação de qualquer organização, a atribuição de um poder é, com frequência, acompanhada pela imposição de uma obrigação (a obrigação de exercer aquele poder

dentro de determinados limites); assim resulta que, no ordenamento de uma organização, normas atributivas e normas imperativas são ambas presentes e necessárias. Em suma, as normas secundárias de Hart são, por um lado, uma categoria mais ampla do que a das normas de organização, porque as normas atributivas privadas nada têm a ver com o processo de formação de uma organização; por outro lado, são uma categoria mais restrita, porque, da formação de uma organização, participam também normas imperativas, que, na concepção hartiana, são normas primárias. Ainda uma observação: como se sabe, as normas secundárias são, para Hart, de três tipos (normas de reconhecimento, de mudança e de juízo). Desses três tipos, recobrem a área das normas de organização o segundo e o terceiro, não o primeiro. Também neste sentido, a categoria das normas secundárias é mais ampla do que a das normas de organização.

5. Até agora, falamos da distinção entre normas de conduta e de organização, bem como de uma distinção fundamental no universo jurídico. Podemos estar certos de que uma distinção é fundamental quando tanto um quanto o outro termo podem ser trocados pelo todo. A distinção entre normas negativas e normas positivas, por exemplo, foi utilizada, como veremos, não apenas para representar uma das grandes dicotomias, mas também para distinguir o direito em seu todo de outros sistemas normativos. O mesmo vale para a distinção de que nos ocupamos. Certamente, ela nasceu da exigência de distinguir duas funções essenciais das normas jurídicas, tão essenciais que, como vimos, a predominância ora de uma, ora da outra, pode servir para distinguir dois tipos de ordenamento estatal. No entanto, como ambas as partes foram tão ampliadas a ponto de representar o todo, a mesma distinção entre esses dois tipos de normas encobre uma distinção bem mais radical, isto é, a distinção entre duas imagens, modelos ou concepções de direito. Essas duas concepções são, de um lado, a que considera a relação jurídica como elemento essencial do direito, e de outro, a que identifica o direito não tanto

em um elemento essencial, mas em uma determinada estrutura, a chamada instituição.

Já tive a oportunidade de afirmar que a teoria do direito como relação e a teoria do direito como instituição recobrem (junto com a teoria normativa) o campo das grandes concepções do direito, bem entendido, com todas as variações e combinações que a variedade (e, quem sabe, as idiosincrasias) das opiniões comporta.⁷ Embora, pelo menos na Itália, a teoria institucional do direito tenha nascido em polémica com a teoria normativa, elas não são, de modo algum, incompatíveis (como não são incompatíveis a teoria normativa e a teoria da relação jurídica):⁸ pelo contrário, há profundo contraste entre teoria institucional e teoria relacional do direito, como bem o demonstra o desenvolvimento da teoria institucional na França.⁹ Esse contraste tem suas raízes em duas concepções opostas da sociedade ou, até, da natureza humana. Quem vê o direito *sub specie relationis* parte de uma consideração atomista da sociedade, parte, portanto, do indivíduo considerado em si, que entra em contato com outros indivíduos com os quais é forçado a estabelecer um certo número de relações sociais, a fim de garantir para si a possibilidade de sobrevivência; e quem vê o direito *sub specie institutionis* parte, ao contrário, de uma consideração orgânica da sociedade, isto é, da sociedade como um todo orgânico, do qual os indivíduos são partes às quais a sociedade atribui papéis determinados. É desnecessário dizer que a partir desta contraposição principal, que divide toda a história do pensamento jurídico (e social), é possível estabelecer uma infinidade de outras contraposições. Basta pensar na contraposição entre sociedade de iguais e de desiguais, entre sociedade natural e civil, entre sociedade e

⁷ Cfr. *Teoria generale del diritto e teoria del rapporto giuridico*, in *Studi sulla teoria del diritto*, Giapichelli, Turim, 1955, p.53-8; e também *Teoria della norma giuridica*, Giapichelli, Turim, 1958, p.10 em diante [*Teoria da norma jurídica*, trad. port. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru, Edipro, 2003].

⁸ *Teoria della norma giuridica*, cit., p.17-23, 30-4.

⁹ Ver, por todas, a obra de G. RENARD, *La théorie de l'institution*, Paris, 1930, na qual, como se sabe, a teoria da instituição é construída como alternativa à teoria contratualista do direito, e não à teoria normativa.

comunidade (no sentido tönnesiano), entre sociedade fundada sobre o contrato e sociedade fundada sobre o *status*, e assim por diante, até chegar, se quisermos, à contraposição de Hayek, inspirada nos jusnaturalistas, entre ordem espontânea e ordem artificial.

Neste ponto, não é preciso muita imaginação para perceber que quem concebe o direito como relação é levado a considerar o ordenamento jurídico como um conjunto de normas de conduta (bem entendido, no sentido anteriormente definido); quem concebe o direito como instituição é induzido a ver, em toda parte, apenas normas de organização. Desse modo, a distinção entre dois tipos de normas jurídicas transforma-se em uma contraposição entre duas concepções de direito, por uma tendência natural ao reducionismo teórico que jamais vem dissociada de uma, com frequência inconsciente, tomada de posição ideológica. Tanto a teoria do direito como relação quanto a teoria do direito como instituição estão estreitamente ligadas a uma bem determinada e ideologicamente bem caracterizada concepção do fim do direito, que, para a primeira, é a *ordem* das ações individuais ou a paz social, e, para a segunda, é o *bem comum* a ser alcançado com o esforço conjunto e articulado de todos. Pode-se falar de bem comum também em relação à primeira concepção do fim do direito, conquanto se tenha o cuidado de entender por “bem comum” não mais o bem coletivo, mas o bem que todos têm em comum, que, exatamente, não pode ser senão a ordem.

Vimos que o único modo de dar sentido à distinção entre normas de conduta e de organização é designar às primeiras a tarefa de regular a coordenação dos fins individuais e às segundas, de regular a atribuição das tarefas para a realização de um fim coletivo. Pois bem, a teoria da relação tem uma concepção do fim do direito à qual, em geral, serve um ordenamento de normas de conduta; ao contrário, a teoria da instituição tem uma concepção de direito à qual serve, em geral, um ordenamento de normas de organização. O distinto modo de conceber o fim do direito que caracteriza as duas teorias determi-

na a redução que uma e outra fazem do direito a um ou a outro tipo de normas.

Até quando a imagem que os juristas tinham do direito derivava do direito privado, prevaleceu a concepção do direito como conjunto de relações intersubjetivas, e, conseqüentemente, a norma jurídica foi construída à imagem e semelhança da norma de conduta. A teoria do direito como instituição não poderia nascer senão com o desenvolvimento da doutrina do direito público, que surgiu no final do século passado, e somente então ganhou espaço a idéia de que o direito está estreitamente ligado àquele típico produto da ação social que é a organização. Não é por acaso que um estudioso do direito público como Hans Kelsen definiu o direito como uma técnica social daquela particular organização social que é o ordenamento coercitivo.¹⁰ Quem quiser ter um exemplo ilustre do primeiro tipo de ligação deve reler algumas passagens fundamentais da teoria do direito de Kant, na qual se encontram estreitamente unidas, em um sistema coerente, uma concepção do direito como relação intersubjetiva, uma definição do direito como regra de condições de toda coexistência possível, e a tese fundamental de que o fim do direito não é a realização de um bem coletivo, mas o estabelecimento das condições que permitem a cada um atingir os próprios bens individuais, junto de uma imagem predominante da norma jurídica como norma de conduta, que se limita a determinar as modalidades conforme as quais a ação deve ser realizada, a “forma”, e não a substância da ação.¹¹ A teoria institucional do direito nasceu, ao menos na Itália, daquele áureo libreto que é *L'ordinamento giuridico*, de Santi Romano (que era, cumpre lembrar, um estudioso do

¹⁰ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turim, 1952, p.68 [*Teoria pura do direito*, trad. port. Fernando de Miranda, São Paulo, Saraiva, 1939]; *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milão, 1952, p.18-9 [*Teoria geral do direito e do Estado*, 5. ed., trad. port. Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2005]; *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1966, p.45-6 [*Teoria pura do direito*, 6. ed., trad. port. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1998].

¹¹ I. Kant, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utei, Turim, 1956, em particular p.421 (para a teoria da relação), p.407 (para a teoria do direito como regra da coexistência), p.225 e 268 (para a crítica ao Estado paternalista), p.496 (para a teoria do direito como forma). Discuti tudo isso mais amplamente in *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Giappichelli, Turim, 1969 [*Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, 4. ed., trad. port. Alfredo Fali, Brasília, UnB, 1997].

direito público). Essa teoria desenvolve-se em polémica direta com a concepção privatista do direito e, portanto, contrapõe-se à definição do direito como relação, muito mais do que à teoria normativa, algo que, porém, foi se repetindo e em que o próprio Romano deixou que acreditassem. Como tal, está estreitamente ligada à tese de que o direito diz respeito não tanto à liberdade de indivíduos singulares, mas à organização do todo social e que, por conseguinte, o fim de um ordenamento jurídico é a realização de um bem coletivo.¹²

6. Toda a história das reflexões (ou imaginações) do homem sobre sua vida em sociedade distingue-se pela construção de “grandes dicotomias”, a começar por aquela entre estado de inocência e estado de corrupção.¹³ Durante séculos, o pensamento ocidental foi dominado (e, a julgar pelo modelo proposto por Hayek, este domínio ainda não se exauriu) pela dicotomia jusnaturalista entre estado de natureza e estado civil. Dessa dicotomia tiveram curso duas versões, à medida que fosse atribuído valor positivo ao primeiro termo (donde a tradição do pensamento liberal clássico, que vai de Locke aos economistas clássicos, chegando a Spencer e, como vimos pouco antes, a Hayek) ou ao segundo (de Hobbes a Hegel, para o qual desempenha o papel de estado de natureza, isto é, de estágio em que se desenvolvem relações antagônicas, a “sociedade” civil). À rudimentar concepção de história dos jusnaturalistas sucedeu a filosofia da história iluminista, da qual nasceu a teoria do progresso, dominante até meados do século XIX. Pela teoria do progresso, a dicotomia abstrata dos jusnaturalistas entre estado de natureza e estado civil dissolveu-se na história, é historicizada, e dá lugar à contraposição entre barbárie e

¹² “O direito não consagra apenas o princípio da coexistência dos indivíduos, mas propõe, sobretudo, vencer a fraqueza e a limitação das suas forças, ultrapassar a sua caducidade, perpetuar certos fins para além da sua vida natural, criando entidades sociais mais poderosas e mais duradouras do que os indivíduos” (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Florença, p.35-6).

¹³ Neste ponto, retomo o debate iniciado no artigo *Sulla nozione di società civile*, in “De Homine”, 1968, n.24-5, p.19-36.

civilização, entre despotismo (considerado como categoria geral do "negativo" histórico) e liberdade.

A partir da metade do século passado em diante, com o nascimento da sociedade industrial, a função de continuar a reflexão sobre as grandes dicotomias foi assumida pela sociologia (cujo precedente histórico mais ilustre é a contraposição saint-simoniana entre sociedades orgânicas e sociedades críticas). Devemos a um sociólogo a contraposição entre sociedade e comunidade, que se encontra, também, em duas versões – conforme fazamos consistir o progresso na passagem da comunidade à sociedade ou vice-versa –, em quase todas as análises do processo de industrialização e das transformações sociais dele conseqüentes. Com a sociologia, os dois termos da dicotomia cessam de ser categorias históricas e voltam a ser, como eram na doutrina do direito natural, abstrações conceituais ou modelos ideais. Não obstante a sucessão articulada dos quatro ou cinco "modos de produção", também o marxismo pertence, ao menos no seu aspecto profético, à história das grandes dicotomias (reino da necessidade e reino da liberdade, pré-história e história, sociedade de classe e sociedade sem classes).

Aqui nos interessam, principalmente, as dicotomias. Esse interesse específico não nos deve fazer esquecer os faustos do pensamento tricotômico: basta pensar nas três idades de Vico, nos três estados de Comte e, naturalmente, nas três encarnações do espírito objetivo de Hegel. Tomemos cuidado, porém, para não confundir uma tricotomia com o uso triádico de uma dicotomia, que é também muito freqüente e está ligado à interpretação dialética do curso histórico. Da mesma dicotomia pode-se fazer um uso diádico e um uso triádico: o primeiro, quando os dois momentos da dicotomia são absolutizados e o processo histórico é concebido como passagem, que ocorreu ou está destinada a ocorrer uma única vez, do primeiro ao segundo, ou então como repetição constante e monótona do processo idêntico (ao progresso sucede a decadência, à decadência sucede o progresso, e assim por diante); o segundo, quando os momentos continuam a ser apenas dois (um é o momento positivo, o outro, o negativo; um,

a afirmação, o outro, a negação), mas o processo histórico é considerado como contínuo, e não recorrente, e há sempre um terceiro termo que é a retomada, em um novo plano, do primeiro, não a sua simples reprodução. Dos dois momentos da dicotomia jusnaturalista, estado de natureza e estado civil, Hobbes faz um uso diádico (ou a anarquia ou o Estado absoluto; ou Behemoth ou Leviatã), enquanto Rousseau faz um uso triádico (estado de natureza, sociedade civil e síntese do estado de natureza e de sociedade civil na sociedade fundada sobre o contrato social). Da grande dicotomia derivada da interpretação socialista da história – da sociedade de classe à sociedade sem classes –, Engels faz, como se sabe, um uso triádico, no qual, levando em consideração a existência de uma sociedade sem classes e, portanto, sem Estado entre os povos primitivos, acaba por dividir o curso da história humana em três grandes estágios – comunidade primitiva, Estado, sociedade sem classes –, dos quais o último se configura como uma retomada do primeiro. Para voltar a Hayek, depois de ter destacado até aqui a importância do modelo dicotômico na análise do contraste entre sociedade aberta e sociedade fechada, é necessário enfatizar, ainda, que sua interpretação do curso histórico, servindo-se dessa dicotomia, é triádica: o Estado totalitário para o qual se dirige a sociedade contemporânea é um retorno ao estado tribal, embora em uma fase mais avançada e em grandes dimensões.

Também é possível observar que as três fases históricas do pensamento liberal correspondem às fases do pensamento socialista, ainda que com os sinais invertidos, donde temos as duas distintas seqüências: negação-afirmação-negação da afirmação, de um lado, afirmação-negação-negação da negação, do outro. O juízo oposto, positivo ou negativo, sobre a era liberal oitocentista – juízo que distingue um liberal de um marxista – implica, naturalmente, um juízo oposto sobre a era que precede e sobre a era que sucede.

7. O objetivo deste artigo não é, certamente, fazer uma análise das “grandes dicotomias”, mas – tomando como ponto de partida o

uso que um não-jurista fez de uma dicotomia jurídica para expressar a própria interpretação dicotômica da histórica – voltar os olhos para tentativas análogas e suscitar o interesse por alguma comparação.

Mais próxima da dicotomia de Hayek, por oposto que lhe seja o sinal, é a mais célebre das dicotomias sociológicas, aquela imaginada e minuciosamente elaborada por Tönnies.¹⁴ Mais próxima porque o tema dominante é, ainda, aquele jusnaturalista da contraposição entre sociedade constituída por relações entre indivíduos (*Gesellschaft*) e sociedade como um todo orgânico (*Gemeinschaft*); oposta em seus sinais, porque aquilo que para Tönnies é produto arbitrário da vontade humana (*Kurwille*), isto é, o momento da sociedade, corresponde à ordem espontânea de Hayek, e vice-versa, aquilo que para Hayek é o produto artificial da vontade dominante, isto é, o momento das organizações, corresponde à *Gemeinschaft* de Tönnies, que é, ao mesmo tempo, natural e orgânica (mas o modelo de organismo do qual parte Tönnies não são as grandes organizações, e, sim, a família), produzida por uma vontade essencial (*Wesenwille*). Como consequência, enquanto a predileção de Tönnies vai em direção ao mundo orgânico das instituições sociais, a predileção de Hayek move-se em direção à sociedade desorgânica das relações individuais. Mas aqui interessa a relação entre formas sociais e formas jurídicas. Ora, também para Tönnies, aos dois tipos de sistema social correspondem dois tipos de sistema jurídico: aquele em que “os homens estão em relação entre si como membros naturais de um todo” e aquele em que “estes, absolutamente independentes como indivíduos, entram em relação entre si somente em virtude da própria vontade arbitrária”.¹⁵ O protótipo do primeiro é o direito de família (uma vez que regula uma sociedade orgânica natural); o protótipo do segundo é o direito das obrigações (uma vez que regula relações mecânicas e artificiais). Em outra parte, na qual define o

¹⁴ F. TÖNNIES, *Comunità e società*, Edizioni di Comunità, Milão, 1963.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 224.

direito como forma daquelas relações cuja matéria é a convivência, Tönnies reitera o conceito de que esta forma ou é pensada como unidade necessária das vontades, cujo fato mais elementar é a união de dois corpos (uma vez mais, há uma referência explícita à família), ou, então, como acréscimo, por obra da vontade arbitrária, à mesma matéria, cujo fato elementar é a troca de coisas.¹⁶ Não obstante o contraste entre os nossos dois autores sobre a preferência por um ou outro sistema jurídico, parece claro que também em Tönnies a diferença entre os dois sistemas jurídicos opostos é reconduzida às duas funções diversas que o direito exerce na sociedade, das quais a primeira consiste em tornar possível a formação de uma vontade coletiva – o direito como forma de uma sociedade orgânica – e a segunda, no encontro de vontades individuais – o direito como forma de uma sociedade mecânica.

Estruturalmente menos próxima, mas axiologicamente voltada para a mesma direção, é a grande dicotomia de Herbert Spencer entre sociedades militares e sociedades industriais.¹⁷ Menos próxima porque, com o objetivo de caracterizar os dois tipos de sociedade com base em sua estrutura jurídica, Spencer se vale não da distinção entre normas de conduta e de organização, mas da distinção (que vimos aflorar também em Hayek) entre normas negativas e positivas (isto é, entre proibições e comandos). Segundo Spencer, na passagem das sociedades militares para as sociedades industriais, as normas positivas deveriam, pouco a pouco, desaparecer, para dar lugar unicamente às normas negativas (cujo protótipo são, uma vez mais, as normas penais). Não obstante, as normas negativas de Spencer são parentes próximas das normas de conduta de Hayek: a sua vantagem sobre as normas positivas significa a mesma coisa, isto é, um enfraquecimento dos poderes do Estado, satisfazendo o ideal, próprio do liberalismo oitocentista, do Estado reduzido aos mínimos

¹⁶ *Op. cit.*, p.241.

¹⁷ H. SPENCER, *Principles of sociology*; Section 570 (ver trad. it., *Principi di sociologia*, organizada por F. FERRAROTTI, Utet, Turim, 1967, vol. II, p.375-6).

termos. Desse ponto de vista, o sistema axiológico de Hayek não é diferente do sistema de Spencer: na grande dicotomia de um e do outro, o momento positivo está localizado no mesmo pólo, isto é, no pólo do sistema social em que há menor direito, seja este menor direito representado pela predominância das normas de conduta ou das normas negativas. Talvez o que diferencie o liberal do século passado do liberal do nosso século seja o juízo histórico: Spencer via a sociedade triunfalmente orientada em direção ao estágio positivo (a sua filosofia da história foi um exemplo típico das teorias positivistas do progresso); Hayek, ao contrário, vê no nosso tempo "o caminho para a servidão", aberto precisamente pela inversão de rota, de modo que o modelo negativo, pouco a pouco, ganha vantagem sobre o positivo.

8. Entre as grandes dicotomias propostas pelos fundadores da sociologia moderna, a que mais é tributária da teoria geral do direito é a dicotomia de Durkheim. Em polêmica direta com Spencer, Durkheim sustenta que a história social do homem se desenvolve não pela passagem das sociedades militares para as sociedades industriais, mas, sim, pela passagem das sociedades regidas pela solidariedade mecânica para as sociedades regidas pela solidariedade orgânica, caracterizadas pela divisão do trabalho. Segundo Durkheim, o traço distintivo das duas formas de sociedade está no diferente tipo de direito que elas expressam e delas constitui a ligação interna. O que, aliás, diferencia a teoria de Durkheim das teorias de Spencer e de Hayek é que a forma jurídica característica dos dois tipos de sociedade não está relacionada a dois tipos de normas, e, sim, a dois tipos de sanção. As sociedades primitivas, mantidas coesas por uma solidariedade de tipo mecânico, distinguem-se pelo fato de o controle social ser exercido pelo mecanismo de sanções repressivas (as sanções penais comumente entendidas); as sociedades evoluídas, mantidas coesas por uma solidariedade de tipo orgânico, distinguem-se por o controle social ser exercido pelo mecanismo das

sanções restitutivas (como a compensação pecuniária devido a um erro cometido, o ressarcimento do dano, etc.). Essas duas formas de controle social caracterizam dois sistemas jurídicos diversos, que Durkheim denomina “direito repressivo (ou penal)” e “direito cooperativo (ou restitutivo)”.

Não é o caso de nos determos em comparações, aliás, já feitas inúmeras vezes, entre a grande dicotomia de Durkheim e as demais. Todavia, um elemento merece ser destacado, já que partimos de Hayek, que se encontra na mesma linha de Spencer, da qual Durkheim diverge grave e longamente.¹⁸ Enquanto Hayek (o mesmo poderia ser dito de Spencer e de Tönnies) conserva, na contraposição entre normas de conduta e de organização, a distinção fundamental entre as duas funções do direito – a da convivência e a da colaboração, das quais se alimentaram, como vimos, duas concepções ou imagens do direito, a privatista e a publicista –, Durkheim não atribui ao direito outra função que não a de organização, e, conseqüentemente, resume todo o direito a direito público.¹⁹ Tem o cuidado, com efeito, de afirmar que a sua distinção entre direito repressivo e cooperativo não corresponde à distinção entre direito público e privado (enquanto, é necessário especificar, a ela poderia corresponder a distinção tönnesiana entre direito orgânico e direito de troca) e que todo o direito é público.²⁰ Do ponto de vista da distinção entre a teoria do direito como relação e a teoria do direito como instituição, não há dúvida de que a teoria de Durkheim é uma teoria institucional do direito. Diferencia-se claramente o modelo durkheimiano de todos os examinados até aqui, porque o conceito de organização não mais constitui um dos dois termos da dicotomia, ao qual se contrapõe alguma coisa que não é organização – pensemos nas normas

¹⁸ E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Edizioni di Comunità, Milão, 1962, p.138 em diante, em particular o quadro na p.146; também p.147 em diante [*Da divisão do trabalho social*, 2. ed., trad. port. Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes, 1999].

¹⁹ *Op. cit.*, p.209 em diante.

²⁰ *Op. cit.*, p.89 e 142.

primárias de Hart ou nas normas de conduta de Hayek, no direito de troca de Tönnies ou nas normas negativas de Spencer –, mas define o campo inteiro de pesquisa. Com a consequência de que a grande dicotomia será identificada na contraposição não mais entre sociedade organizada e sociedade não-organizada, mas entre duas formas distintas de organização, pelas quais aflora a diferença, que já tivemos a oportunidade de observar, entre o organismo natural, sobre cujo modelo Tönnies reconstruiu o tipo ideal de comunidade, e a organização artificial, que caracteriza, segundo Hayek, o Estado assistencial contemporâneo.

9. O discurso tönnesiano sobre dois diferentes tipos de sanção invocados para distinguir dois tipos fundamentais de sociedade induz-me a retomar o tema desenvolvido em um ensaio anterior, no qual tentei caracterizar o contraste entre Estado liberal e Estado assistencial, servindo-me de instrumentos conceituais oferecidos pela teoria geral do direito diferentes daqueles propostos por Hayek. Exatamente por isso, em vez de recorrer a dois tipos de normas, recorri a dois tipos de sanções, mais precisamente à diferença entre sanções negativas e sanções positivas (entre penas e recompensas). Não me parece haver dúvidas de que a concepção até agora dominante do direito como forma de controle social – dominante tanto se retomarmos a tradição jusnaturalista (de Hobbes a Kant) quanto se considerarmos a tradição positivista (de Jhering a Kelsen) – tenha identificado o modo específico do controle jurídico com a função repressivo-protetiva, que se exerce pela predisposição e pela execução de sanções negativas. Essa identificação é tão óbvia que, quando se fala de sanção jurídica, pretende-se falar de sanção negativa. Observemos que os dois tipos de sanção, a que Durkheim confia a difícil tarefa de diferenciar os dois tipos fundamentais de sociedade, pertencem ambas à categoria das sanções negativas.

Uma análise dos ordenamentos jurídicos dos Estados modernos, a começar pelos documentos constitucionais, em que o termo

"promover" suplantou ou colocou de lado o termo "garantir", induzindo a modificar a imagem tradicional do direito, ou, pelo menos, a perfilar ao seu lado uma nova, na qual a função promocional se sobrepõe à função repressivo-protetiva. Isso não quer dizer que o direito não tenha tido, inclusive no passado, além da função de repressão, também a função de promoção. Contudo, o primeiro tipo de função sempre foi tão predominante que a maior parte das teorias do direito não registraram, nas suas definições do direito, a função de promoção. Aliás, com frequência, a distinção entre as duas funções serviu de critério para distinguir o direito de outros sistemas de controle social. É exemplo desse ponto de vista a grande obra de Rudolf [von] Jhering, *Der Zweck im Recht*, que sai em busca das quatro alavancas que determinam o movimento social. Dessas quatro alavancas, duas – o prêmio e a pena – movem os impulsos inferiores e duas – o sentimento de dever e o amor – movem os impulsos superiores. Nessa dicotomia, o direito ocupa um lugar bem específico: ele recobre o campo em que age a alavanca da coação, o que equivale a dizer que a sua função é essencialmente repressiva. É importante notar que a esfera em que opera a alavanca da recompensa coincide, em grande parte, com a esfera das relações de troca, as quais constituem, para Tönnies, o tecido da *Gesellschaft* contraposta à *Gemeinschaft*, ainda que o mesmo Tönnies mantenha presente a diferença entre a sua categoria e a de Jhering.²¹

A diferença entre função repressiva e função promocional de um sistema normativo pode ser brevemente resumida nos seguintes termos: com a primeira, o sistema tende a impedir que se verifiquem comportamentos não desejados; com a segunda, tende a provocar comportamentos desejados. Entre os comportamentos desejados e os não desejados está a vasta esfera dos comportamentos indiferentes, como deixar ou não deixar testamento, contrair ou não contrair matrimônio, participar ou não participar de um concurso, nos quais

²¹ E TÖNNIES, *Comunità e società*, cit., p.233.

o sistema jurídico pode intervir, solicitando que, sempre que o comportamento seja efetuado, isto ocorra conforme determinadas modalidades, sob pena de nulidade. Em relação à distinção entre função de repressão e de promoção, a intervenção do sistema normativo na esfera dos comportamentos indiferentes pode ser interpretada como pertencente tanto à primeira, se olharmos para a pretensão do ordenamento de que somente alguns atos sejam válidos, isto é, juridicamente eficazes, quanto à segunda, se olharmos para a tutela que o ordenamento jurídico está disposto a conceder apenas a estes, e não a outros.

Sociólogos e economistas, cientistas políticos e juristas concordam sobre o fato de que o processo de industrialização das sociedades modernas tenha aumentado enormemente as tarefas do Estado, contrariamente ao que profetizara Spencer e em conformidade com o que previram Durkheim e, naturalmente, Max Weber. É inegável que esse aumento de tarefas do Estado tenha determinado um aumento das normas de organização, como sustenta Hayek. Todavia, dado que entre essas tarefas é predominante a de dirigir a atividade econômica, é igualmente inegável que o Estado moderno se vale cada vez mais das técnicas de encorajamento, além das técnicas de desencorajamento que lhe eram habituais. Entre essas técnicas de encorajamento o uso do aparelho jurídico (isto é, do sistema normativo coativo) assume um papel cada vez mais evidente, não para tornar difíceis ou desvantajosos os comportamentos considerados nocivos à sociedade, mas para tornar fáceis ou vantajosos os comportamentos considerados úteis, isto é, o uso das sanções positivas. Isso é tão evidente que nos faz considerar agora inadequadas as teorias do direito que não as levem em consideração, e desfocada a imagem essencialmente repressivo-protetiva, ainda predominante, do ordenamento jurídico.

7 A GRANDE DICOTOMIA

SUMÁRIO – 1. Características das grandes dicotomias – 2. A distinção entre direito privado e público como grande dicotomia – 3. Uso historiográfico e uso axiológico da distinção entre direito privado e público – 4. Uso universalizante – 5. A distinção entre direito natural e positivo é uma grande dicotomia? – 6. A distinção entre direito natural e positivo como dicotomia derivada.

1. No processo de ordenação e organização do próprio campo de pesquisa, cada disciplina tende a dividir o próprio universo de entes em duas subclasses, que são reciprocamente excludentes e conjuntamente exaustivas. Para designar o produto dessa operação, que é uma operação de classificação, emprego a expressão “grande dicotomia”.¹ Grande, seja no sentido de *total*, porque, uma vez que *todos* os entes, sem excluir nenhum, aos quais atual e potencialmente a disciplina se refere devem poder nela se inserir, diferencia-se das dicotomias *parciais*, que abrangem apenas uma parte deles, seja no sentido de *principal*, porque, uma vez que tende a fazer convergir em sua direção, a abarcar, a fundar outras dicotomias, diferencia-se das outras distinções, que, mesmo sendo exaustivas, podem ser consideradas secundárias em relação a esta. A distinção entre comunidade e sociedade, elaborada minuciosamente, e até por demais pedante, por Tönnie, é exemplo clássico de grande dicotomia nas ciências sociais.² Tal dicotomia é total no sentido de que nenhuma forma de sociedade deveria, segundo o juízo do autor, escapar à sua capacidade compreensiva; é principal no sentido de que

¹ Refiro-me ao artigo anterior *Do uso das grandes dicotomias na teoria do direito*, neste mesmo volume. Mas ver também *Sulla nozione di società civile*, in “*De Homine*”, 1968, n.24-25, p.19-36.

² Para as grandes dicotomias do pensamento sociológico, chama a atenção P. FARNETH, *Theodor Geiger e la coscienza della società industriale*, Giappichelli, Turim, 1966, p.230 em diante.

outras tradicionais e bem conhecidas dicotomias, como aquela entre sociedade natural e convencional, ou entre sociedade de *status* e de *contractus*, estão dissolvidas nela, devido à sua maior capacidade explicativa. Todavia, é necessário advertir, já de início, que o fato de uma dicotomia ser grande não significa que seja única. Adotando critérios distintos de classificação, a mesma disciplina pode servir-se, a fim de ordenar e organizar a própria matéria, de duas ou mais dicotomias que não se sobreponham e que, combinadas entre si, possam dar lugar a um número cada vez maior de subclasses (quatro, se as dicotomias são duas, oito, se são três, e assim por diante).³ Gaetano Mosca, por exemplo, distinguia todos os regimes políticos que existiram até agora em aristocráticos e democráticos, com base no critério do diferente modo de substituição da classe política, e em autocráticos e liberais, com base no critério da diferente forma de organização do poder: dessa distinção derivam quatro subclasses (regimes aristocrático-autocráticos, aristocrático-liberais, democrático-autocráticos, democrático-liberais).⁴

A principal característica de uma grande dicotomia em relação às dicotomias parciais ou secundárias é o emprego *privilegiado* dos seus dois termos, com o objetivo de delimitar o horizonte no qual se inscreve uma determinada disciplina. Denomino esse emprego dos dois termos de “uso sistemático” da grande dicotomia. Mas não é o único. Quero chamar a atenção para duas outras formas de emprego privilegiado dos dois termos de uma grande dicotomia, as quais denomino de “uso historiográfico” e de “uso axiológico”. Entendo por “uso historiográfico” de uma grande dicotomia o uso que dela se faça para distinguir dois momentos necessários (eventualmente recorrentes) do desenvolvimento histórico, isto é, para dividir o universo em questão

³ Para quem deseja saber mais sobre isso, remeto a P. F. LAZARSFELD, *L'algebra dei sistemi dicotomici*, in R. Boudon – P. F. LAZARSFELD, *L'analisi empirica nelle scienze sociali*, II, Il Mulino, Bolonha, 1969, p.353-84.

⁴ Ilustrei essa matriz derivada de Mosca no ensaio *Mosca e la teoria della scienza politica*, agora in *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Laterza, Bari, 1969, p.209 (“Mosca e a ciência política”, in *Ensaio sobre ciência política na Itália*, trad. port. Maria Celeste F. Faria Marcondes, Brasília, UnB, 2002).

não mais sincronicamente, mas diacronicamente. Entendo por "uso axiológico" o uso que dela se faça para dividir o universo em questão **em** partes contrapostas quanto ao valor, isto é, em duas partes das **quais** uma representa o momento positivo, e outra, o momento negativo; uma, aquilo que deve ser aprovado e eventualmente promovido, a **outra**, aquilo que deve ser desaprovado e eventualmente repellido.

Entende-se que, em uma teoria do progresso (ou do regresso) histórico, o uso historiográfico coincide com o axiológico: o que vem **depois** é também o que tem mais (ou menos) valor. Do mesmo modo, **em** uma teoria historicista do valor, o uso axiológico coincide com o historiográfico: o que tem mais valor coincide com o que vem depois (ou antes). Como exemplo de uso historiográfico, pensemos na célebre dicotomia durkheimiana entre sociedade mecânica, regida por sanção repressiva, e sociedade orgânica, regida por sanção reparadora.⁵ Essa dicotomia divide em dois não apenas o universo social, mas também o universo histórico; no qual a história é considerada, em seu processo, como movimento da sociedade mecânica para a sociedade orgânica. Como exemplo de uso axiológico, pensemos na ainda mais célebre dicotomia jusnaturalista entre estado de natureza e estado civil: ambos os termos têm, além de um significado descritivo, também um significado valorativo, não importando, pois, se, segundo as diferentes teorias, é portador de valor positivo e, respectivamente, de valor negativo, o primeiro ou o segundo.

Outra característica das grandes dicotomias é a seguinte: cada um dos dois termos é suscetível, por influência do seu significado historiográfico e axiológico, de ser ampliado até conotar não mais uma só das duas partes, mas todo o universo, ou seja, é suscetível de se tornar o termo de uma classe universal, empurrando o outro termo para fora do universo, ou seja, degradando-o a termo de uma classe vazia

⁵ À qual é dedicada uma das suas maiores obras, *De la division du travail social* (1893), que pode ser lida em tradução italiana, *La divisione del lavoro sociale*, organizada por A. PIZZARRO, Edizioni di Comunità, Milão, 1962 [*A divisão do trabalho social*, 2. ed., trad. port. Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes, 1999].

(na lógica das classes, a classe vazia é a negação da classe universal). Lançando mão de uma metáfora, poderíamos dizer que uma das duas classes em que o universo está dividido pela grande dicotomia possui uma singular tendência a ampliar o próprio domínio para todo o universo, em prejuízo da outra classe, ocupando o território inteiro. Um dos sinais pelos quais é possível reconhecer uma grande dicotomia é exatamente esta capacidade potencial de uma e de outra classe para assumir o papel de classe universal. Um dos expedientes mais comuns mediante o qual ocorre a elevação de uma das classes para classe universal e, respectivamente, a degradação da outra para classe vazia é o recurso ao par real-aparente:⁶ embora o universo continue a ser dividido em duas grandes classes exaustivas, diz-se que apenas uma delas o representa *realmente*, isto é, é o verdadeiro universo, é o universo autêntico, enquanto a outra o representa apenas *aparentemente*, isto é, é aquele mesmo universo em forma falsificada ou inautêntica.

Retornemos por um instante à grande dicotomia tönnesiana sociedade-comunidade: quem interpreta o progresso histórico como passagem da sociedade para a comunidade, ou, em outras palavras, privilegia a comunidade, tanto no uso historiográfico quanto no uso axiológico da dicotomia, tenderá a resumir todo o universo social à comunidade e, provavelmente, satisfará a sua exigência afirmando que apenas a comunidade é *verdadeira* sociedade. Uma vez resumido todo o universo social à comunidade, “comunidade” torna-se termo de uma classe universal no sentido de que tudo o que é comunitário é social; “sociedade” torna-se termo de uma classe vazia no sentido de que nada do que é societário é verdadeiramente social. Muito instrutiva para esse propósito é a secular disputa em torno da grande dicotomia sociedade natural-sociedade civil, que está estreitamente ligada a outra grande dicotomia: direito natural-direito positivo. É instrutiva porque mostra a tendência da grande dicotomia a

⁶ Cfr. PERELMAN et L. OGBURN-TYFCA, *Traité de l'argumentation*, II, PUF, Paris, 1958, p.556-61 (trad. it. *Trattato dell'argomentazione*, Einaudi, Turim, 1966, p.437-41) [*Tratado da argumentação – a nova retórica*, 6. ed., trad. port. Maria Emanina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2005].

se transformar em uma falsa dicotomia. De fato, dado que para o jusnaturalista apenas o direito natural é (verdadeiro) direito (o direito positivo sendo direito somente quando se refere ao direito natural), não há mais, no universo do direito, duas classes, mas apenas uma. O mesmo vale no universo do discurso do positivista, para o qual apenas o direito positivo é (verdadeiro) direito.

2. Na teoria do direito, a distinção que se apresenta, mais marcadamente do que qualquer outra, com o caráter de “grande dicotomia” é a distinção entre direito privado e direito público. É supérfluo acrescentar que a distinção, que ainda encabeça a maioria dos nossos tratados, entre direito subjetivo e direito objetivo, não é uma grande dicotomia. A necessidade que o jurista sente de deter-se nessa distinção nasce exclusivamente de uma homonímia. A distinção entre direito subjetivo e direito objetivo serve para esclarecer uma possível confusão terminológica derivada do fato de que a mesma palavra “direito” é empregada, em certas línguas, com dois significados diferentes. Não serve, como serve, ao contrário, a distinção entre direito privado e direito público, para dividir em duas subclasses, reciprocamente excluídas e conjuntamente exaustivas, o universo do direito. Para início de conversa, a expressão “direito objetivo” não designa uma subclasse, mas toda a classe dos entes (*idest* as normas) que estão incluídos no universo a que se refere a teoria do direito. Além disso, a expressão “direito subjetivo” designa uma subclasse cuja subclasse contraposta não é a que se designa pelo nome de “direito objetivo”, mas aquela a que comumente se atribui o nome de “obrigação” ou “dever” ou similares. De um lado, não existe coisa alguma que não seja direito objetivo; de outro, o que não é direito subjetivo não é o direito objetivo, mas, sim, a obrigação. Com isto, não queremos dizer que a distinção entre direito privado e direito público seja a única grande dicotomia jurídica, mas, simplesmente, que uma grande dicotomia é sempre o produto de uma classificação, isto é, de uma operação lógica, e não pode nascer de uma simples análise lingüística. Não está, em absolu-

to, excluído que existam outras grandes dicotomias no universo jurídico: estaria propenso a considerar como tal a distinção entre direito consuetudinário e direito estatuído. Mas disto tratarei adiante. Aqui limito-me a analisar, do ponto de vista das características que distinguem, segundo o que foi dito no parágrafo precedente, as grandes dicotomias, a distinção entre direito privado e direito público.

Antes de tudo, a distinção entre direito privado e direito público é uma distinção *total*, porque, uma vez estabelecida, quaisquer que sejam os critérios distintivos propostos para fundá-la, não há ente do universo jurídico – seja ele relação, norma, instituição (segundo as diversas teorias do direito, as quais discriminei alhures em teorias do direito como relação, ou como norma, ou como instituição) – que não esteja inserido em uma ou outra das partes. Não conheço teoria do direito que tenha tentado subtrair-se ao *aut aut* imposto pela distinção entre direito privado e direito público, imaginando um *tertium genus*. Discute-se, acerca da pertença de um instituto a um ou ao outro, o que depende tanto do modo diverso pelo qual pode ser interpretado ou configurado o instituto quanto do diverso critério adotado para a distinção. Mas não se discute acerca da insuficiência da distinção para abraçar todos os entes do universo, que é objeto do discurso. Em outras palavras, não há ente do universo jurídico que não pertença nem ao direito privado nem ao direito público. Podem existir, talvez, entes que pertençam, segundo o ponto de vista a partir do qual são considerados, ao primeiro e ao segundo. Os casos incertos ou fronteiriços são solucionados com o expediente a que se recorre com frequência no momento em que uma classificação é posta à prova diante da variedade dos entes reais: com o acréscimo de um “quase” (“quase-privado” e “quase-público”).

Em segundo lugar, a grande dicotomia é *principal*. No sentido de que tende a absorver e anular (ou dissolver) outras dicotomias, a constituir uma espécie de pólo de atração, e talvez de neutralização, de dicotomias colhidas em campos afins, ou emergentes no mesmo campo, ou melhor ainda, uma espécie de centro de unificação da

incessante produção dicotômica de que é fértil toda teoria geral. É impossível oferecer um elenco completo de todas as dicotomias secundárias em relação às quais a distinção entre direito privado e direito público se tornou principal na teoria geral do direito moderna. A ela pertencem algumas grandes dicotomias clássicas, como aquela entre justiça comutativa e justiça distributiva, entre sociedade de iguais e sociedade de desiguais, entre o *neminem laedere* e o *suum cuique tribuere*. Até mesmo a grande dicotomia direito natural-direito positivo pode ser considerada, ao menos em uma certa interpretação, como veremos adiante, uma dicotomia "inserida" – em relação à distinção entre direito privado e direito público.

Na teoria geral do direito moderna, a distinção entre direito privado e público teve a função de rebaixar, por assim dizer, grandes dicotomias clássicas a dicotomias secundárias. Exerceu a mesma função no que diz respeito às grandes dicotomias elaboradas pelas ciências sociais, como aquela entre sociedade e comunidade, entre sociedade de *contractus* e sociedade de *status*, entre sociedade orgânica e sociedade mecânica (no sentido durkheimiano). Nesse caso, grandes dicotomias, elaboradas para um universo de entes diferente do jurídico, entraram na teoria do direito pela porta da distinção entre direito privado e direito público, perdendo a sua posição na passagem. A distinção entre direito privado e direito público, enfim, resistiu bem até mesmo diante das dicotomias que, pouco a pouco, foram se desenvolvendo no campo da própria teoria do direito. A contenda entre teoria do direito como relação e teoria do direito como instituição reduziu-se a dimensões mais adequadas quando se começou a ver, na primeira, uma absolutização do ponto de vista privatista, e na segunda, uma absolutização do ponto de vista publicista acerca do direito. A única dicotomia não subjugada, ou apenas aparentemente subjugada, e exatamente por isso cada vez mais importante, é aquela entre normas de conduta e normas de organização.⁷ Aos conjuntos

⁷ Na qual me detive com mais minúcias no artigo *Do uso das grandes dicotomias na teoria do direito*, já citado.

de normas de conduta pertence, por certo, o direito penal, que tradicionalmente é considerado público; aos conjuntos de normas de organização pertence, por certo, o direito empresarial (das grandes empresas), que se insere no direito privado.

3. Também no que se refere ao que denominei de “uso histórico-gráfico” dos dois termos de uma grande dicotomia, a distinção entre direito privado e direito público se sai bem na prova. Em uma visão histórica do direito, direito privado e direito público comparecem, com frequência, não mais como as duas partes do sistema jurídico, mas como os dois momentos da evolução do direito, como duas fases do direito considerado em seu processo. Poderíamos fazer observações interessantes sobre o modo de adaptar uma dicotomia à divisão de um processo histórico em períodos, de servir-se dos resultados do processo de criação de dicotomias para estabelecer uma periodização. As grandes dicotomias sociológicas oferecem ampla matéria para um estudo desse tipo. Contudo, para permanecer no campo da teoria do direito, observemos a passagem da grande dicotomia que aqui nos interessa para critério de periodização ou como indicador de uma tendência de desenvolvimento: o que acontece quando se fala de tendência à privatização e, inversamente, à publicização, ou até mesmo de um momento predominantemente privatista e de um momento predominantemente publicista do direito.

No século passado, à medida que a contraposição entre sociedade civil e Estado ganhava espaço e se evidenciava a prioridade da primeira em relação ao segundo, afirmando-se a idéia do progressivo deperecimento do Estado, preconizou-se o advento do momento privatista do direito (é neste sentido que se deve interpretar, do ponto de vista da teoria geral do direito, a tese da passagem da sociedade de *status* para a de *contractus*). Em seguida, houve uma inversão de tendência: já no início deste século, obras sobre o inexorável declínio das instituições tradicionais do direito privado chamavam a atenção para o fenômeno contrário, isto é, para a progressiva publi-

zação do sistema jurídico. Menosprezada como um mal, ou exaltada como um bem, essa tendência foi reconhecida de modo unânime como uma das características do direito contemporâneo. Que tal tendência tenha sido vista no primado das relações de subordinação sobre as de coordenação, ou das normas de organização sobre as de conduta, ou do momento da heteronomia sobre o da autonomia, ou da vontade coletiva sobre a soma das vontades individuais, e assim por diante, não tem grande importância em relação à opinião concorde sobre o caráter do processo, que distinguiria a evolução do direito na passagem do Estado liberal para o social, do Estado tutor da ordem pública para o Estado curador e promotor do bem-estar público. É inegável que tenham sido usadas outras dicotomias para assinalar as grandes etapas da evolução do direito, por exemplo, aquela entre normas negativas e normas positivas, entre normas de conduta e normas de organização, entre normas abstratas e ordens concretas. Entretanto, para lhes dar maior credibilidade, essas dicotomias foram freqüentemente reenviadas, quase que assimiladas, à grande dicotomia direito privado-direito público (nisto mostraram seu caráter de dicotomias secundárias), ou então não se saíram bem na prova de uma verificação histórica, ainda que superficial, enquanto a contraposição entre tendência à privatização e tendência à publicização não perdeu nada da sua relevância histórica e do seu prestígio conceitual.

Como vimos, o uso axiológico dos termos das grandes dicotomias está estreitamente ligado ao uso historiográfico, no sentido de que, com freqüência, a distinção em períodos caminha *pari passu* com uma teoria do progresso ou do retrocesso histórico, ou, em outras palavras, a periodização é também indicativa de uma certa processualidade (em uma direção positiva ou em uma direção negativa). Quem se recorda, mesmo que apenas de algum fragmento, da literatura sobre a publicização do direito sabe que as valorações do fenômeno, isto é, se ela está na direção do progresso histórico ou na direção do retrocesso, são variadas e discordantes. Pensemos

nos dois casos-limite da longa tradição liberal-liberista,⁸ que vai de Spencer a Hayek e que vê na vantagem do direito público sobre o direito privado uma das manifestações mais inquietantes do despotismo moderno;⁹ ou a tradição marxista-comunista, da qual se podem encontrar exemplares genuínos nos primeiros e mais vigorosos teóricos do direito soviético, que identifica (ou troca) direito privado com direito burguês, e, portanto, vê também uma superação do direito privado na superação do direito burguês a que tende o novo Estado.¹⁰

As valorações, numa e noutra tendência, são opostas: o que é um bem para uma, e, portanto, índice de progresso, é um mal para a outra, e, portanto, índice de regresso. Mesmo que não consideremos que uma forma de direito esteja destinada a suplantar a outra (a suplantação do direito público por parte do direito privado e a suplantação do privado por parte do direito público são apenas o limite ideal do processo) e continuemos a afirmar que direito privado e direito público estão destinados a conviver no mesmo sistema, uma coisa é dizer que o direito público tem a função de salvaguardar o direito privado, de assegurar-lhe a eficácia, outra coisa é dizer que o direito público tende a eliminar, a reduzir o direito privado até fazê-lo desaparecer. Uma vez que nós damos conta do uso axiológico da grande dicotomia, torna-se mais clara e mais plausível a observação repetidamente feita por Kelsen acerca do caráter ideológico da distinção entre direito privado e público.¹¹ O que tem caráter

⁸ O adjetivo *liberale* (liberal) deriva do substantivo *liberalismo* (liberalismo), que denota liberalismo político, e o adjetivo *liberista* (liberista) deriva do substantivo *liberismo* (liberismo), que denota liberalismo económico. [N.R.]

⁹ Sobre Hayek, ver os dois artigos *The principles of a liberal social order*, in "Il Politico", XXXI, 1966, p.601-18; e *Ordinamento giuridico e ordinamento sociale*, in "Il Politico", XXIII, 1968, p.693, 723.

¹⁰ Particularmente interessante, a esse propósito, é o artigo de P. I. STUCKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello stato*, organizado por U. Cerroni, Einaudi, Turim, 1967, p.229 em diante e 246 em diante. Cfr. sobre o tema U. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Editori Riuniti, Roma, 1969 [*O pensamento jurídico soviético*, Lisboa-Sintra, Europa-América, 1976].

¹¹ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turim, 1952 (1967), p.134-6 [*Teoria pura do direito*, trad. port. Fernando de Miranda, São Paulo, Saraiva, 1939]; *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turim, 1966, p.313-6 [*Teoria pura do direito*, 6. ed., trad. port. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p.312-5].

Ideológico, com efeito, não é tanto a distinção em si mesma, mas a carga valorativa atribuída aos dois termos dela, isto é, exatamente o fato de que na distinção opera ou se insinua um juízo de valor, pelo qual nos servimos daqueles termos não para distinguir duas classes de eventos, mas para contrapor uma classe de eventos para aprovar a uma para desaprovar. Prova disto é que Kelsen vê, na distinção entre direito privado e direito público, “a oposição absoluta entre poder e direito, ou, pelo menos, entre poder estatal e direito”, do que deriva a convicção de que “no domínio do direito público... o princípio da legalidade não vigora no mesmo sentido e com a mesma intensidade que no domínio do direito privado”.¹² Vale acrescentar que Kelsen, publicista, colheu da distinção entre direito privado e direito público somente a desvalorização do direito público, isto é, a ideologia privatista, e não a desvalorização, historicamente não menos real, do direito privado, isto é, a ideologia publicista.

4. Resta verificar, enfim, a fundamentação da última característica que atribuí às grandes dicotomias: aquela conforme a qual ambas as subclasses têm a tendência a transformar-se em classes universais, empurrando a outra para fora do universo e fazendo dela, dessa forma, uma classe vazia. Aqui vale fazer referência à contraposição entre uma concepção privatista e uma concepção publicista do direito. Relembremos por um instante o expediente a que habitualmente se recorre para realizar essa operação: a oposição entre o que é real e o que é aparente. Pois bem, concepção privatista do direito é aquela para a qual apenas o direito privado é *verdadeiro* direito; concepção publicista é aquela para a qual é *verdadeiro* direito apenas o direito público. O direito público para a primeira, o direito privado para a segunda são direito aparente, direito impropriamente dito – em uma só palavra, não-direito. Isto é bem diferente de dizer que é direito destinado a desaparecer, segundo argumenta quem faz da

¹² *La dottrina pura del diritto*, cit., p.314 [*Teoria pura do direito*, cit., p.312].

grande dicotomia um uso historiográfico, ou que é mau direito, segundo insinua quem dele faz um uso axiológico. Na linguagem jurídica, um dos modos mais comuns de eliminar da esfera do direito tudo o que se considera que não deva pertencer a ela é adjudicá-lo à esfera do *fato*. Para quem entende "direito" como um conjunto de normas, isto é, de proposições expressas ou não-expressas que permitem qualificar comportamentos humanos como lícitos ou ilícitos, passa a pertencer à esfera do fato qualquer evento não qualificado nem qualificável por aquelas normas. Assim, o processo de universalização de uma das duas partes da grande dicotomia ocorre, habitualmente, por meio da redução da outra parte a mero fato. Em uma concepção privatista do direito, as relações de direito público são expulsas da esfera jurídica como relações de poder ou de força que, como tais, subtraem-se às regras válidas para as relações de direito privado. Em uma concepção publicista, as relações de direito privado são expulsas como relações de mera conveniência ou de oportunidade, como relações sociais genéricas não protegidas pelo sistema normativo estatal. Na primeira concepção, o direito público é impelido para a esfera do extra-jurídico. Na segunda, o direito privado é relegado à esfera do pré-jurídico. Em um e outro caso, o verdadeiro direito é um só.

A ciência do direito foi dominada durante séculos pela concepção privatista do direito, para a qual somente os institutos tradicionais do direito privado são direito em sentido próprio. Um dos momentos culminantes dessa concepção foi a doutrina do contrato social. O contratualismo, como bem observou Hegel ao criticar a sua legitimidade,¹³ pode ser considerado a consequência extrema da tendência predominante de pensar todo o direito, e, portanto, também o direito público, por uma das categorias fundamentais do direito privado,

¹³ Desde sua obra de juventude. *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, ed. Lasson, VII, p. 405 (trad. it. *Scritti di filosofia del diritto*, organizada por A. Negri, Laterza, Bari, 1962, p. 110). Para ulteriores pormenores, remeto o leitor ao meu artigo *Hegel e il giusnaturalismo*, in "Rivista di filosofia", XLVII, 1966, p. 387-9 ("Hegel e o jusnaturalismo", in *Estudos sobre Hegel – direito, sociedade civil*, Estado, 2. ed. trad. port. Luiz Sérgio Henriques e Carlos Nelson Coutinho, São Paulo, Brasiliense-Unesp, 1985, p. 23-55).

como a tentativa suprema, permitam-me a expressão, de privatizar o Estado. À medida que se afirmam, em lugar disso, as teorias estatistas e imperativistas, para as quais o direito é comando do soberano, isto é, daquele que detém o monopólio da força em uma determinada sociedade, o direito privado passa a ser considerado direito apenas como direito público, o que equivale dizer que todo o direito é público, e a distinção entre direito privado e direito público é tão-somente uma distinção cômoda que, na realidade, nada distingue. O que os juristas continuam denominando de direito privado não seria outra coisa senão um ramo do direito público. Em vez de privatizar o Estado, publiciza-se o indivíduo. Em vez de observar o Estado do ponto de vista da autonomia dos indivíduos, observa-se o indivíduo do ponto de vista da autoridade do Estado.

Um exemplo ainda mais apropriado da influência que a predominância da imagem privatista ou da imagem publicista do direito exerceu na teoria do direito é o contraste entre teoria do direito como relação e teoria do direito como instituição. Como se sabe, a teoria institucional nasceu, tanto na França quanto na Itália, de juristas provenientes do campo do direito público, para os quais o direito se apresentava, mais do que como conjunto de regras para o estabelecimento de relações de convivência, como conjunto de regras para a coordenação de ações convergentes voltadas para a realização de um fim, isto é, como instrumento de organização com vistas a um objetivo comum.¹⁴ A teoria do direito como relação entre dois sujeitos predominou enquanto a teoria geral do direito foi moldada pelo direito privado. A teoria do Estado como pessoa jurídica, que permitia a aplicação do conceito de relação jurídica à relação entre indivíduos e Estado, foi uma tentativa de construir a dogmática do direito público à imagem e semelhança da dogmática do direito privado. Quando os publicistas, cada vez mais insatisfeitos com o antigo jogo, entraram no campo de batalha, a imagem do direito como relação

¹⁴ Essa perspectiva é evidente no agora famoso ensaio de SANI ROMANO, *L'ordinamento giuridico* 2, Florença, 1945.

intersubjetiva foi rapidamente ofuscada e substituída pela imagem da instituição. Para quem tinha algo a ver com a realidade do Estado, o fenômeno mais imponente que devia ser considerado era o aparato organizativo, um conjunto de regras cuja função não era tanto separar parte por parte, mas relacionar as várias partes com o todo. Hoje, sabemos muito bem que tanto a teoria da relação quanto a da instituição são teorias reducionistas. Aqui, quis apenas mostrar a relação entre essa operação reducionista e a presença sempre dominante da grande dicotomia.

Nunca será demais insistir, de fato, que a esfera do direito privado e a esfera do direito público são dominadas por duas imagens diferentes de direito. Para os privatistas, o direito é uma espécie de árbitro que é chamado a dirimir conflitos; para os publicistas, o direito assume, sobretudo, a figura do comandante que coordena os esforços da sua tropa para vencer a batalha. Sem lançar mão de metáforas, para os primeiros, o direito é um conjunto de regras de convivência, para os demais, um conjunto de regras para direcionar a um objetivo comum ações que, do contrário, estariam dispersas. O contraste entre essas duas imagens do direito explica por que a busca por um critério de distinção entre direito privado e direito público é sempre tão difícil a ponto de parecer uma tentativa desesperada. Não nos apercebemos de que, nessa distinção, estão em choque não duas espécies de um único gênero, mas, sim, dois modos diversos de conceber o mesmo objeto, ou, se quisermos, dois pontos de vista diferentes. Tanto é verdade que, para aquele que se coloca do ponto de vista do direito como regra de convivência, é extremamente difícil inserir o direito penal no direito público, assim como se torna impossível, para quem se coloca do ponto de vista do direito como organização, inserir o direito de família no direito privado.

5. Afirmei no início que, em um universo de investigação, pode existir mais de uma grande dicotomia. Não pertence às características de uma grande dicotomia ser a única possível em um determinado

universo. Existem outras grandes dicotomias no universo do discurso jurídico? O que foi dito até aqui a propósito da distinção entre direito privado e direito público deveria servir, se não me engano, como resposta a essa pergunta. Trata-se, com efeito, de submeter outras distinções à mesma prova a que submetemos esta distinção. Se a prova traz os mesmos resultados, pode-se alinhá-la às grandes dicotomias.

Como já acenei, acredito que ao menos uma outra distinção poderia passar na prova: a distinção entre direito consuetudinário e direito estatuído. Pensemos na divisão da história do direito em épocas de direito consuetudinário e direito estatuído, na evolução dos ordenamentos jurídicos julgada com base no parâmetro da gradual extinção do direito consuetudinário e no gradual predomínio do direito estatuído (o que denominei de “uso historiográfico” da grande dicotomia). Pensemos, também, nas duradouras e recorrentes disputas que chegaram até nós acerca da superioridade do costume sobre a lei como meio de regular as relações sociais (o que denominei “uso axiológico”) e a conseqüente ilusão de que o fim do Estado coincide com o desaparecimento não tanto do direito, mas do direito legislativo, e com a substituição do direito posto pela autoridade pública por um conjunto de regras, como as consuetudinárias, espontaneamente observadas.¹⁵ Neste ponto, eis que se verifica, também para essa distinção, aquele processo de universalização de uma das duas subclasses, em que vi a última e mais relevante característica das grandes dicotomias: o direito consuetudinário já não faz parte do universo jurídico, mas acaba por identificar-se com o próprio direito, com o único direito possível em uma sociedade que chegou à completude de seu desenvolvimento. Enfim, essa distinção é – junto com a distinção

¹⁵ Essa correspondência entre extinção do Estado e observância espontânea das normas sociais encontra-se em algumas passagens de Lênin: “O Estado poderá extinguir-se completamente quando a sociedade houver realizado o princípio: ‘De cada um segundo a sua capacidade, a cada um segundo suas necessidades’. Isto é, quando os homens estiverem de tal modo habituados a observar as regras fundamentais da convivência social e o trabalho houver se tornado de tal modo produtivo que eles trabalharão voluntariamente segundo as suas capacidades” (*Estado e revolução*, in *Opere scelte*, II, Edizioni di lingue estere, Moscou, 1948, p.192. Cfr. também p.196 [*Estado e revolução*, trad. port. Regina Maria de Mello e Fausto Cupertino, Niterói, Diálogo, 1960; também in *Obras escolhidas*, 3 vols., São Paulo, Alfa-Ômega, 1979]).

entre direito privado e direito público – uma das matrizes da distinção entre direito natural e direito positivo.

Pode parecer estranho que até agora não tenhamos falado da distinção entre direito natural e direito positivo, mas isso resulta do fato de que os dois termos da distinção – sobretudo o primeiro – são bastante ambíguos e não imediatamente evidentes como os termos das distinções sobre as quais discorreremos até aqui. Considero, aliás, que um dos modos de desfazer esta ambigüidade seja exatamente servir-se delas, tirar proveito de sua maior perspicuidade. A minha tese é que a distinção entre direito natural e positivo, quando usada em sentido ontológico, e não deontológico, isto é, para distinguir duas espécies de direito, e não o direito ideal do direito real, seja quase sempre uma interpretação, enrijecida, e, portanto, quase uma duplicação, ora da distinção entre direito privado e direito público, ora da distinção entre direito consuetudinário e direito estatuído.

Que em muitos contextos, inclusive entre os mais conhecidos, direito natural e direito consuetudinário mal se distingam e pareçam reversíveis um ao outro, ou então o direito natural, em sua contraposição ao direito positivo, faça as vezes, por assim dizer, ou tenha a mesma função do direito consuetudinário, é questão que mereceria uma discussão mais prolongada. No entanto, já é suficientemente esclarecedor um célebre texto de Pascal: “J’ai grand peur que cette nature ne soit elle-même qu’une première coutume, comme la coutume est une seconde nature”.¹⁶ Quando Antígona invocava “as leis não escritas”, apelava ao direito natural, tal como, sob a proteção de Aristóteles, os jusnaturalistas habitualmente interpretaram, ou apelava ao direito transmitido, como entendeu Hegel?¹⁷ Tanto o direito

¹⁶ PASCAL, *Pensées*, ed. da “Bibliothèque de la Pléiade”, p.1.121 (*Pensée* n.120) [*Pensamentos*, São Paulo, Martins Fontes, 2001].

¹⁷ Para Aristóteles, cfr. *Retórica*, 1373d e 1375a [*Retórica*, trad. port. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farnhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998]. A propósito do conflito posto por Antígona diante de Creonte, Hegel afirma: “A morte, a que em caso de guerra o governo expõe o indivíduo, é, portanto, o ponto em que a lei humana se encontra com a lei familiar ou divina, dado que a esta última está reservado o culto aos mortos” (*Fenomenologia do espírito*, trad. it., La Nuova Italia, Florença, 1936, em nota na p.15) [*Fenomenologia do espírito*, trad. port. Paulo Menezes, Petrópolis, Vozes, 2002].

romano, na tradição do direito comum, quanto a *common law* inglesa foram recebidos e justificados pelos juristas como direito cuja validade depende tanto da autoridade da tradição quanto de ser direito racional. A alternância dos dois argumentos, o da legitimidade tradicional e o da legitimidade racional, é muito freqüente e, eu diria, inócua. O direito romano é um direito transmitido, cuja validade se assenta em sua racionalidade, do mesmo modo que a *common law* é um direito racional, cuja validade se assenta na tradição. Os papéis poderiam inverter-se. No direito internacional, direito natural e direito consuetudinário alternaram entre si, segundo os tempos e os autores, o papel de fonte primária das normas gerais do ordenamento. E, ainda recentemente, a polêmica contra o direito positivo foi levada adiante em nome do direito espontâneo, isto é, em nome de um atributo do direito, a “espontaneidade”, que, desde a aparição da distinção entre direito segundo a natureza e direito segundo a convenção, fora considerada uma característica do primeiro.¹⁸

Podemos fazer considerações análogas no que se refere à sobreposição da distinção entre direito natural e direito positivo à distinção entre direito privado e direito público. Também neste caso o material histórico é tão abundante que o tema mereceria um tratado à parte. Uma das representações mais constantes do direito natural é aquela em que ele é apresentado como o direito que regula as relações entre indivíduos singulares e isolados uns dos outros no estado de natureza, isto é, em um estado em que ainda não existe um direito público. Os institutos típicos do estado de natureza são a propriedade, o contrato e, em geral, também a família: são os institutos do direito privado. A passagem do estado de natureza para o estado civil ocorre com a instituição dos órgãos do poder público, encarregados de fazer respeitar as obrigações assumidas pelos indivíduos, recorrendo, em última instância, à força, na sociedade pré-estatal. O direito positivo

¹⁸ Refiro-me à conhecida teoria de R. Ago, *Diritto positivo e diritto internazionale*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, I, Giuffrè, Milão, p.3-65.

é, por excelência, o direito público, tanto que não se conseguiria distinguir, na teoria jusnaturalista tradicional, o processo de positivação do direito do processo da sua estatalização. A redução do direito natural a direito privado, e, respectivamente, do direito positivo a direito público é expressamente formulada por Kant:

*A divisão do direito natural não reside... na distinção de direito natural e direito social, mas na de direito natural e direito civil, de modo que o primeiro é denominado de direito privado, o segundo, direito público.*¹⁹

No processo de monopolização do direito positivo por parte do Estado, todo o direito positivo é direito público, aliás, o direito é *verdadeiro* direito, isto é, *ius perfectum*, apenas na medida em que é público. Que depois esse direito, que é positivo enquanto público, também regule relações entre particulares em nada compromete seu caráter de direito público, a partir do momento em que aquelas relações entre particulares se tornam relações *verdadeiramente* jurídicas apenas enquanto recebem proteção dos órgãos do Estado. Na teoria geral do direito, esse processo de eliminação do direito privado como direito pré-estatal ocorreu pela expulsão das normas primárias do ordenamento jurídico. Completado esse processo, a recuperação do direito privado como direito pré-estatal ou natural não podia ocorrer senão pela redescoberta do “direito dos particulares”.²⁰ A contraposição do direito dos particulares ao direito público (que inclui também o direito privado) é uma das tantas formas pelas quais se expressou, ao longo dos séculos, a contraposição entre direito natural e direito positivo.

6. Se tudo isso é verdadeiro, a dicotomia direito natural-direito positivo seria, contrariamente ao que se acredita, uma dicotomia

¹⁹ KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia del diritto*, Utet, Turim, 1956, p.422.

²⁰ É de praxe a citação do velho ensaio de W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, in “Rivista italiana per le scienze giuridiche”, N. S., IV, 1929, p.43-124. Ver. contudo, também os estudos de Salvatore ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, V, 1955, p.149-331; *Autonomia privata*, id., VI, 1956, p.801-922, até o curso universitário *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, MORANO, Nápoles, s/d.

derivada, não originária. Derivada no sentido de que é sempre redutível a uma ou outra das duas grandes dicotomias, quando não a ambas ao mesmo tempo. Da distinção entre direito natural e direito positivo também se fez um uso historiográfico (estado de natureza e estado civil como dois momentos do processo histórico), um uso axiológico (o direito natural tem mais valor do que o positivo, ou vice-versa) e um uso universalizante (apenas o direito natural ou, respectivamente, o direito positivo, é o verdadeiro direito). Pois bem, a passagem do estado de natureza para o estado civil pode ser interpretada ou como passagem de uma sociedade regulada por normas em estado difuso e observadas espontaneamente para uma sociedade regulada por normas postas por uma autoridade competente para isto, ou, então, de uma sociedade simples, composta de indivíduos autônomos e iguais que regulam as suas relações de convivência com pactos, para uma sociedade complexa, na qual os vários entes que a compõem são postos em relação hierárquica e são todos autoritariamente ordenados para um fim comum.

Muitos dos argumentos com os quais se sustenta o primado do direito natural sobre o direito positivo são idênticos aos argumentos com os quais se defende a superioridade axiológica do direito espontâneo sobre o reflexivo, ou do direito entre iguais sobre o direito entre desiguais. E vice-versa, muitos dos argumentos do positivismo jurídico são extraídos do arsenal dos defensores do direito estatuído contra o direito consuetudinário, ou do direito como ordenamento coativo, fundado sobre o monopólio da força, contra o pseudo-direito, fundado sobre o princípio da reciprocidade entre indivíduos ou grupos iguais. Enfim, consideremos o emprego universalizante de um dos dois termos da distinção na expressão implícita do positivismo jurídico: "Não existe outro direito além do direito positivo". Com essa fórmula, na realidade, deseja-se afirmar que não existe outro direito além do direito legislativo, isto é, o direito imposto pelos poderes públicos do Estado, ou seja, que o direito positivo é direito estatuído (não mais consuetudinário) e público (não mais privado).

Tudo isso não exclui que a distinção entre direito natural e direito positivo tenha outros significados além daqueles aqui destacados, que não seja apenas o disfarce das duas grandes dicotomias. O que necessitava ser feito, neste espaço, não era tanto uma análise dos vários significados da fatídica distinção, mas a confirmação de que se podia extraí-la de algumas características das duas grandes dicotomias aqui examinadas.

8 TEORIA E IDEOLOGIA NA DOCTRINA DE SANTI ROMANO

SUMÁRIO – 1. A fortuna póstuma da doutrina de Santi Romano – 2. É necessário distinguir a teoria da instituição da teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos – 3. A teoria institucional é menos elaborada do que a teoria pluralista – 4. A teoria pluralista é independente da teoria institucional – 5. A relação entre teoria e ideologia em geral, com particular atenção à doutrina de Romano – 6. Crítica de uma interpretação ideológica da doutrina de Romano – 7. Romano é teoricamente pluralista, mas ideologicamente monista – 8. Conclusão.

1. A teoria da instituição de Santi Romano – passados vinte e cinco anos da morte e cem anos do nascimento de seu autor – parece gozar, nesses últimos anos, de particular fortuna. Saíram recentemente, e ao mesmo tempo, as traduções francesa e alemã de *L'ordinamento giuridico* (1918), a sua principal obra de teoria geral do direito.¹ Na introdução à tradução francesa, Ph. Franceskakis escreve: “Tel quel, cet apport de Santi Romano ne semble pas avoir vieilli. Mieux, il paraît épouser le temps présent encore mieux que le sien” (p.VII). No prefácio à tradução alemã, Roman Schnur afirma:

¹ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction française de la 2e. édition de l'“*Ordinamento giuridico*”, par L. François et P. Gothot, Introduction de Ph. Franceskakis, Dalloz, Paris, 1975; S. ROMANO, *Die Rechtsordnung*, mit einem Vorwort, biographischen und bibliographischen Notizen, herausgegeben von Roman Schnur, Duncker & Humblot, Berlin, 1975. No que se refere à ciência jurídica alemã, não podemos esquecer o elogio à obra de Romano feito por J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2. ed., Mohr, Tübingen, 1964, p.292, que considera *Ordinamento giuridico* uma obra pioneira da teoria pluralista na Europa e a reputa, não de todo exatamente, como a base de toda pesquisa ulterior de Renard, Delos, Curvitch, Desqueyrat, etc., em suma, de toda a doutrina institucionalista francesa. Digo “não de todo exatamente” porque, na realidade, a doutrina institucionalista francesa seguiu as pegadas de Hauriou, de quem o próprio Romano se considera, ainda que apenas em parte, devedor. Correta, ao contrário, é a observação de Esser, segundo o qual, especialmente a segunda parte de *Ordinamento giuridico*, que também a meu ver é a mais importante (mas, sobre isto, ver adiante), oferece um material convincente para mostrar a falsidade histórica e atual da tese do monopólio das fontes do direito por parte do direito do Estado.

Jedenfalls kann man das 'institutionelle Rechtsdenken' in der europäischen Rechtswissenschaft... nur unzulänglich erörtern, wenn man nicht vor allem dieses Werk von Santi Romano in die Diskussion einbezieht (p.6).

Em 1963, fora publicada a tradução espanhola, com uma ampla e documentada introdução de Sebastián Martín-Retortillo,² o qual, depois de ter dito que *L'ordinamento giuridico* é um livro essencial, que consiste em uma pedra fundamental no desenvolvimento do pensamento jurídico contemporâneo, apresenta-o como obra precursora, na corrente do pluralismo jurídico, contra a concepção monista, a qual reduz o direito unicamente ao direito estatal, mais especificamente, contra o positivismo jurídico, na sua acepção mais estreita. Não ocorre com frequência que uma obra escrita em uma língua tão pouco difundida quanto o italiano seja traduzida em três das maiores línguas universais, e, quando isto acontece, é sinal de uma consideração e de uma fortuna completamente excepcionais. No que se refere ao mundo de língua inglesa, a falta de uma tradução é suprida pela ampla e cuidadosa exposição do pensamento de Santi Romano feita por um jurista de fama como Julius Stone, em uma de suas últimas obras.³

E, no entanto, até há alguns anos, o eco da doutrina de Romano circunscrevia-se ao restrito âmbito da ciência jurídica italiana, que, desde o seu primeiro aparecimento, discutira as principais teses dela e acolhera com simpatia a teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos, contra a pretensa exclusividade do direito estatal. Por muitos anos, quando fora da Itália se discutia a teoria da instituição, a referência obrigatória era a doutrina de Hauriou e de seus seguidores. O institucionalismo foi identificado, durante anos, com a doutrina

² S. ROMANO, *El ordinamiento jurídico*, com introdução de S. Martín-Retortillo, intitulada *La doctrina del ordinamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo*, p.9-77, Instituto de Estudios Políticos, Madri, 1963.

³ J. STONE, *Social dimensions of law and justice*, Stevens and Sons Limited, Londres, 1966, p.516-45. Tanto o ensaio de Martín-Retortillo quanto o ensaio de Stone, traduzidos para o alemão, estão incluídos na antologia *Institution und Recht*, herausgegeben von Roman Schnur, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968, respectivamente, p.370-420 e p.312-69.

francesa da instituição. Espero não estar enganado, mas o único grande jurista não italiano que então notou Romano foi Carl Schmitt, que, no ensaio *I tre tipi di pensiero giuridico* (os três tipos de pensamento jurídico são, como se sabe, o normativismo, o institucionalismo e o decisionismo), reservou um lugar de honra, entre os defensores do institucionalismo – que ele fazia remontar exatamente a Hauriou –, ao nosso Romano, de quem disse que “justamente afirmara que não é correto falar do direito italiano ou francês, referindo-se tão-somente a uma soma de regras, enquanto, na verdade, é a organização complexa e diferenciada do Estado italiano ou francês, como ordenamento concreto, a produzir tal direito”.⁴

Por volta da década de 1930, a teoria da instituição teve grande ressonância na França, quando ali se reuniram dois juristas de tendências diferentes, Renard e Gurvitch, mas, em todos os livros e artigos dedicados ao tema que pude consultar, não encontrei qualquer traço da obra de Romano.⁵ Em 1931, os “Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique” iniciaram as suas publicações com um número dedicado à teoria da instituição, no qual Romano não é mencionado sequer uma vez.⁶ Em 1933, o constitucionalista inglês Ivor Jennings tornava conhecida a teoria da instituição na Inglaterra, um país no qual, nos mesmos anos, por obra de Cole e Hobson, eram difundidas as teorias do “guild-socialism”, favoráveis a uma articulação pluralista do Estado – e o pluralismo se tornara popular pela obra muito divulgada de Harold Laski. Este era um país, portanto, no qual a teoria

⁴ C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1934, p.24 (trad. it. na coletânea de ensaios schmittianos, *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bolonha, 1972, p.260).

⁵ Ver, por todos, A. DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal*, Recueil Sirey, Paris, 1933; do mesmo autor, *L'institution. Sa nature, ses espèces, les problèmes qu'elle pose*, in “Archives de philosophie”, XII, 1936, p.65-115.

Ainda mais surpreendente é que não há qualquer traço da teoria de Romano no recente volume *Le pluralisme juridique. Etudes publiées sous la direction de John Gilissen*, Editions de Université de Bruxelles, Bruxelles, 1972, que contém escritos de vários autores, entre eles um ensaio de L. INGEB, *Le pluralisme juridique dans l'oeuvre des philosophes du droit*, p.57-84.

⁶ Cfr. J. DELOS, *La théorie de l'institution*, in “Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique”, I, n.1, 1931, p.97-143; e G. GURVITCH, *Les idées-maîtresses de Maurice Hauriou*, id., p.155-94.

institucionalista podia encontrar um auditório bem disposto, mas, os autores aos quais o estudioso inglês se referia ainda eram Hauriou e Renard, estranhamente não Gurvitch e, menos estranhamente, não Romano.⁷

Mesmo levando devidamente em conta a tradicional ignorância da doutrina jurídica francesa e inglesa em relação à doutrina italiana, é preciso reconhecer que não devia ser tão natural para um estrangeiro sair em busca de uma teoria antiestatalista na Itália, nos anos de fascismo imperante. Não obstante o prestígio de que sempre gozou Romano como jurista, a sua teoria geral do direito, exatamente porque era percebida em seu aspecto predominante de teoria do pluralismo, não podia ser aprovada por um regime consagrado ao culto do Estado. É sintomático o fato de que, em 1940, quando foram publicados os quatro volumes dos estudos em sua honra, Giuseppe Bottai, à época ministro da educação nacional do governo fascista, prefaciou-os com algumas páginas nas quais sustentava que a crise do Estado da qual partira a doutrina pluralista agora já estava superada pelo fascismo e que, de qualquer modo, os exemplos de Estado pluralista dos quais se servira Romano – a sociedade medieval e a sociedade européia dos primeiros anos do século – nada tinham a ver com o Estado corporativo, que “representa o oposto das situações, para as quais não se pode falar de pluralidade”.⁸

O ex-sindicalista revolucionário que se tornara teórico do Estado fascista, Sergio Panunzio, já havia afirmado com muita clareza alguns anos antes que, se era verdade que a teoria do pluralismo era um episódio ligado ao nascimento do sindicalismo, agora já era um episódio superado, uma vez que o sindicalismo puro se transformara

⁷ W. Ivor JENNINGS, *The institutional theory*, in *Modern theories of law*, Oxford University Press, Londres, 1933, p.68-85. Também Jennings relaciona a teoria institucional com a transformação do Estado moderno, como fizeram os seus fundadores com aquela transformação pela qual não há mais, de um lado, o Estado e, de outro, os indivíduos, mas o Estado se torna cada vez mais “um agregado de instituições”.

⁸ G. BOTTAI, *Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Cedam, Pádua, 1949, vol. I, p.XVIII. Sobre a obra política e cultural de Bottai, ver S. CASSESE, *Un programmatore degli anni trenta: Giuseppe Bottai*, in “Politica del diritto”, a. I. n.3, 1970, p.404-47.

om sindicalismo de Estado, e Sorel fora definitivamente sepultado por Mussolini.⁹ Isso não significa que o pluralismo houvesse desaparecido de cena: o fascismo era culturalmente demasiado estéril para ser capaz de impor uma orientação em lugar de outra. Basta recordar o estudo apaixonado que, em 1936 e 1939, Giuseppe Capograssi¹⁰ dedicou à doutrina de Romano e, em particular, ao problema do pluralismo; ele iniciara suas reflexões sobre o Estado, a crise da autoridade e a democracia direta (cito três títulos de suas obras de juventude),¹¹ isto é, temas que o teriam levado ao pluralismo, nos mesmos anos em que se difundia a obra de Romano. Contudo, tratava-se ainda de um episódio do debate interno à ciência jurídica italiana; e, além disso, por mais que o fascismo fosse culturalmente estéril, não era tão inapto para a política cultural a ponto de não ser bem-sucedido em colocar o nosso país em um estado de isolamento que teve por consequência um certo provincianismo, de nossa parte, e, pela lei da reciprocidade, um certo desinteresse pelas nossas coisas, por parte dos outros países.

Agora que esse isolamento se rompeu e que a obra de Romano está entrando em circulação no pensamento jurídico universal, pode valer a pena tentar uma interpretação e uma avaliação ampla, com o objetivo de colocar em evidência o que ela representa em seus dois aspectos de “teoria” e “ideologia”.

2. Na doutrina de Santi Romano,¹² estão contidas duas teorias que convém manter distintas, porque não constituem, seja o que for

⁹ S. PANUNZIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'unità dello stato*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a G. Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929)*, Società tipografica modenese, Modena, 1931, vol. II, p.179-227.

¹⁰ G. CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici* (1936, 2. ed., 1939), agora in *Opere*, Giuffrè, Milão, 1959, vol. IV, p.183-221. Do mesmo autor, ver também *L'ultimo libro di Santi Romano* (1951), agora in *Opere*, vol. V, p.223-54, a propósito de *Frammenti di un dizionario giuridico*.

¹¹ Trata-se das seguintes obras: *Saggio sullo stato* (1918), *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi* (1921) e *La nuova democrazia diretta* (1922), in *Opere*, vol. V, respectivamente nas p.5-147, 153-402, 407-573.

¹² Refiro-me, em particular, a *L'ordinamento giuridico*, publicado pela primeira vez em dois números dos *Annali delle università toscane*, N.S., vol. II, n.5, e vol. III, n.1, 1917-1918, e, posteriormente, no volume editado por Spoerri di Pisa, em 1918. Republicado sem alterações, com atualizações

que se diga disso, um todo unitário. Essas duas teorias são: a teoria do direito como instituição, que se contrapõe à teoria normativa, e a teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos, que se contrapõe à teoria monista ou estatalista. Os estudiosos que até agora se ocuparam da doutrina de Romano estavam tão habituados a considerá-la como um todo e a discutir as duas teorias conjuntamente que não perceberam que uma é independente da outra. Não há nenhum vínculo necessário entre teoria do ordenamento e pluralismo, nem entre teoria da norma e monismo. Não há nenhuma incompatibilidade entre teoria do ordenamento e monismo, nem entre teoria da norma e pluralismo. Ainda que, de fato, as mais conhecidas teorias institucionalistas sejam também pluralistas, a conjunção entre institucionalismo e pluralismo, assim como entre normativismo e monismo, não é uma regra. Augusto Thon, o príncipe dos normativistas, é também um pluralista. O príncipe dos institucionalistas, Maurice Hauriou, a principal fonte, embora logo abandonada, de Romano,¹³ não tem qualquer interesse pelas consequências pluralistas da sua doutrina. Para permanecer na Itália: Benedetto Croce é um pluralista convicto,

bibliográficas e com o acréscimo de várias respostas aos críticos, além de um índice analítico e onomástico, pela editora Sansoni, de Florença, como n.1 da coleção "I classici del diritto", sem data, mas o prefácio do autor traz a data de "novembro de 1945", e reimpresso em 1962. De agora em diante, citado a partir da segunda edição como OG. A outra obra de Romano a que me remetei inúmeras vezes foi *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milão, citada de agora em diante como FDG. No que concerne à bibliografia sobre a obra de Santi Romano, remeto o leitor ao excelente ensaio de S. Cassese, *Ipotesi sulla formazione de "L'ordinamento giuridico di Santi Romano*, in "Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", a. I, 1972, p.244-83. Do mesmo autor, *Cultura e politica nel diritto amministrativo*, Il Mulino, Bolonha, 1971, p.44 em diante, e Guido Zanobini e il sistema del diritto amministrativo degli anni trenta, in "Politica del diritto", a. V, n.6, 1974, p.699-710.

¹³ Romano, ao formular a própria teoria da instituição, parte de Hauriou, de quem reconhece "o mérito principal... de ter levado adiante a idéia de subsumir no mundo jurídico o conceito de instituição entendido amplamente, do qual até agora não havia nada além de poucos traços, também estes, de resto, tênues, na terminologia, mais do que na especulação, política e sociológica" (OG, p.26). É preciso ter em mente que, quando Romano escreve, Hauriou ainda não havia publicado o ensaio a que os estudiosos habitualmente se referem para expor a teoria da instituição, vale dizer, *Théorie de l'institution et de la fondation*, publicado primeiramente em "Cahiers de la nouvelle journée", n.4, 1925, e depois no volume *Aux sources du droit: le Pouvoir, l'Ordre et la Liberté*, Librairie Bloud & Gay, Paris, 1933, traduzido para o italiano sob o título *Teoria della istituzione e della fondazione*, organizado por W. Cesarini Sforza e com apresentação de A. Baratta, na coleção "Civiltà del diritto", n.16, Giuffrè, Milão, 1967. A obra de Hauriou a que Romano faz referência é *Principes de droit public*, que cita da segunda edição, Paris, 1916.

mas, se eu tivesse de responder à pergunta se era institucionalista ou normativista, eu ficaria embaraçado.

Sinto necessidade de enfatizar a presença, na doutrina romana, de duas teorias distintas porque, seja pela compreensão teórica, seja pela interpretação ideológica do seu pensamento, considero que a segunda seja mais importante do que a primeira. E não por acaso é também aquela que, na obra de 1918, é, de longe, a mais elaborada.¹⁴ Para entrar de uma vez no tema, considero, não de hoje, que a teoria do direito como instituição obedece a uma exigência correta, mas que o alvo, e, portanto, também o êxito final, esteja, observando bem, equivocado. Não obstante a polêmica referência à "règle de droit" de Duguit, retomada mediante Hauriou também por Romano,¹⁵ o pai do institucionalismo jamais se apresentara como adversário principal do normativismo. Da tradição do pensamento jurídico tomista, o mestre de Toulouse e, ainda mais do que este, o seu fiel discípulo Georges Renard¹⁶ herdaram uma invencível desconfiança em relação ao voluntarismo, fosse a vontade que parte do alto, que se expressa na lei do Estado, ou a vontade que parte de baixo, que se expressa pelo contrato. Contudo, o normativismo, que vinha se formando exatamente naqueles anos, não estava, como já era evidente no pensamento de Kelsen, necessariamente ligado ao voluntarismo; aliás, dele vinha se separando energeticamente.

Como se descobrirá em seguida, teoria do ordenamento e teoria da norma não estavam de modo algum em contraste entre si: antes, somente por meio de uma recuperação e de um aprofundamen-

¹⁴ Também no que concerne à extensão, as duas partes são desiguais: a primeira, dedicada à instituição, tem 80 páginas; a segunda, dedicada à pluralidade dos ordenamentos e das suas relações, tem 100 páginas.

¹⁵ Bem no início da obra, Romano cita como representante do normativismo exasperado, além de Kelsen, Duguit, nos "singulares trabalhos" do qual, observa ele, "todo e qualquer momento do fenômeno jurídico é resumido e quase anulado àquele da 'règle de droit'" (p.4).

¹⁶ Desses dois autores ocupei-me em um ensaio já distante no tempo e na memória, intitulado *Istituzione e diritto sociale (Renard e Gurvitch)*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", a. XVI, 1936, p.385-418. O mesmo ensaio também continha, em nota, uma menção à teoria de Romano, à qual o próprio Romano respondeu nas réplicas da segunda edição (em particular ver p.34).

to da teoria normativa, isto é, pelo reconhecimento da importância das normas de organização ao lado das normas de conduta, ou, para usar a expressão hartiana, das normas secundárias ao lado e além das normas primárias, seria solucionada a maior dificuldade da doutrina institucional, que deriva do fato de que o conceito de direito fora definido resumindo-o ao conceito de organização, mas o conceito de organização não fora, afinal, esclarecido. O conceito de organização permanecera obscuro porque o único modo de dar um passo adiante em sua determinação era recorrer às normas de segundo grau, ou seja, àquelas que regulam o reconhecimento, a modificação e a conservação das normas de primeiro grau e que fazem, de um conjunto de relações entrelaçadas entre indivíduos que convivem entre si, um todo ordenado, precisamente um ordenamento, ou um sistema, embora não no sentido de um sistema lógico ou ético, mas no sentido kelseniano de sistema dinâmico, enquanto estava claro que as normas que Romano tinha em mente quando refutava a teoria normativa eram as primárias. Uma vez acolhida a idéia de que do ponto de vista jurídico, do qual Romano não queria absolutamente se distanciar, uma organização é feita, também ela, de normas, a instituição, ao invés de ser um sistema pré-normativo, como entende repetida e insistentemente Romano, é um sistema normativo complexo.¹⁷

3. A qualquer um que tenha lido *L'ordinamento giuridico* e meditado sobre ele é evidente que a teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos seja mais elaborada do que a teoria institucional. Das duas partes em que se divide o livro, a segunda, dedicada ao segundo tema, é bem mais ampla do que a primeira, e também tecnicamente mais refinada.¹⁸ Confesso, ainda, que as páginas sobre a instituição sempre me deixaram não de todo satisfeito. Por um

¹⁷ Já desenvolvi esse conceito no ensaio *Ancora sulle norme primarie e norme secondarie* (1968), agora no volume *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turim, 1970, p.196-7.

¹⁸ Refiro-me, em especial, aos parágrafos dedicados ao exemplar e original tratado dos diversos modos pelos quais os diferentes ordenamentos podem estar relacionados entre si (que, é bom recordar, ocupa mais de um terço do livro, p.112-80).

ção, como foi inúmeras vezes observado, a palavra-chave "organização" nunca é claramente definida. Por outro, ora o direito é definido como "organização", isto é, resumido totalmente a uma outra entidade, que não é definida e que com frequência é denominada por outras palavras, tais como "estrutura",¹⁹ "posição",²⁰ "sistema";²¹ ora a organização é considerada como "o objetivo característico do direito".²² Contudo, se a organização não é o direito, mas o objetivo do direito, o que é, então, o direito? Em outras palavras, o direito é organização ou é alguma coisa que está por trás e antes da organização? Mas se está antes da organização, disso não decorre que o direito vem antes... do direito? Não gostaria de estar equivocado, mas tenho a impressão de que essa dificuldade seja um indício da malograda redução do conceito de organização ao conceito de sistema normativo (falo do conceito "jurídico" de organização, isto é, do conceito de organização a que Romano exclusivamente se refere).²³ Na realidade, o que vem antes da organização ou é alguma coisa de pré-jurídico – como poder, vontade concorde, idéia diretiva, forças sociais, etc. –, e então é forçoso imergir o direito na sociedade da

¹⁹ OG, p.22, 35.

²⁰ OG, p.22, 43.

²¹ OG, p.35.

²² Ver OG, respectivamente p.22 e 35.

²³ É bom dizer de uma vez por todas que, na mente de Romano, a contraposição entre normativismo e institucionalismo não corresponde, em absoluto, como se estaria tentado a acreditar e como foi inúmeras vezes sustentado, à contraposição entre formalismo e realismo jurídico. A doutrina de Romano nada tem a ver, e não quer ter nada a ver, com a doutrina realista nem com a sociologia jurídica. Romano é, no sentido exato da palavra, um "formalista", porque considera o direito como a forma das relações sociais, e, como tal, pode e deve ser estudado independentemente das suas relações com a sociedade subjacente. Entre as muitas passagens que poderiam ser citadas, parece-me sobremaneira significativa a seguinte: "Nós consideramos tal ente" – a instituição – "não do ponto de vista das forças materiais que o produzem e o sustentam, não em relação ao ambiente em que se desenvolve e vive como fenômeno interdependente de outros, não em relação aos nexos de causas e efeitos que a ele se ligam, e portanto não sociologicamente, mas em si e por si, uma vez que resulta de um ordenamento jurídico, antes, é um sistema de direito objetivo. Tivemos, naturalmente, que nos deslocar até as últimas regiões em que é possível respirar a atmosfera jurídica, mas jamais as ultrapassamos" (OG, p.79, o destaque é meu). Sobre a consideração formal do direito, ver também OG, p.37. Confirma a própria orientação formalista a cada vez que refuta as interpretações teleológicas do direito e do Estado. A propósito da concepção do Estado como "unidade teleológica", escreve: "isto não é inexistente, mas para o jurista não é menos, aliás, talvez seja mais importante a natureza estrutural daquela unidade..." (FDG, p.209, destaque meu).

qual nasce (mas é exatamente a operação que Romano se recusa a efetuar), ou então é, e não pode deixar de ser, o sistema normativo complexo de que falei. Contudo, se assim for, a voz do institucionalismo jurídico é, uma vez mais, o normativismo, ainda que um normativismo mais consciente e mais avançado. Também é preciso acrescentar que, com a sua teoria da instituição, Hauriou, diferentemente de Romano, não se propusera, em absoluto, a oferecer uma definição do direito. O seu objetivo era outro: mostrar que um sistema jurídico não nasce da vontade, mas, sim, de um fato social, como é a organização de um poder em torno de uma idéia. Hauriou tinha bem claro em mente que não era possível compreender o que é uma instituição sem enfrentar o fenômeno pré-jurídico – social ou político que seja – do “poder”.²⁴ O fato de ter desejado identificar o conceito de direito no conceito de instituição com o objetivo de fornecer um conceito jurídico, e não sociológico, do direito, ao invés de fazer da instituição o fato constitutivo do direito (e, como tal, pré-jurídico), conduziu Romano, a meu ver, a uma dificuldade que somente a teoria do direito depois dele viria a solucionar.

4. A segunda parte do livro está livre dessas dificuldades. Contudo, como eu disse, a teoria pluralista é lógica e também historicamente independente da teoria institucional. O reconhecimento de uma multiplicidade de ordenamentos, além do ordenamento do Estado, não depende da definição do direito como norma ou como instituição, mas das características específicas que são atribuídas à norma jurídica ou à instituição jurídica para distingui-las, respectivamente, da norma não-jurídica e da instituição não-jurídica. Se

²⁴ Hauriou se preocupa com as relações entre o jurídico e o pré-jurídico, entre o direito e o poder, entre o direito e a sociedade, mais do que Romano, que mantinha distante de suas fronteiras tanto a filosofia quanto a sociologia e a política, como se delas temesse a contaminação. Um subtítulo como o que Hauriou deu à sua *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, “Ensaio de vitalismo jurídico”, seria inimaginável para Romano. Para verificar a importância que tem o conceito de “poder”, fundamental para a ciência política, na temática de Hauriou, ver *Teoria dell'istituzione*, cit., p.13 em diante e p.105 em diante.

Romano pode coerentemente sustentar que o Estado não é o único ordenamento jurídico, mas “uma espécie do gênero direito”,²⁵ isto depende do fato de não ter atribuído à instituição, que ele identifica com o ordenamento jurídico, características como a coação ou a sanção institucionalizada, que são próprias daquele ordenamento jurídico ao qual estamos habituados a denominar de Estado. Não se pode confundir antinormativismo com antiestatalismo: a confusão nasce apenas se resumimos o conceito de norma jurídica ao de norma estatal, solução que, por mais lícita e, de fato, freqüentemente realizada, não é necessária. Não se consegue ver, com efeito, como, partindo da norma, deva-se necessariamente chegar à doutrina monista se não se partir do pressuposto, de modo algum inevitável, de que não existem outras normas jurídicas além das normas estatais. Creio que seja desnecessário recordar que o Estado moderno – cuja crise orienta Romano no sentido do pluralismo – nasce de dois processos paralelos: da unificação de todos os ordenamentos pré-estatais ou antiestatais no ordenamento único do Estado centralizado e centralizador e da unificação de todas as fontes do direito na única fonte do direito estatal por excelência, a lei. Disso resulta que é possível sustentar a não-estatalidade do direito tanto fazendo reemergir os ordenamentos pouco a pouco absorvidos pelo Estado moderno quanto levando em consideração tipos de normas diferentes daquelas postas pela vontade dominante com exclusão de outras, em um determinado território, e feitas valer mediante a coação fundada sobre o monopólio da força física.

Provavelmente, dando-se conta da fragilidade de uma demonstração fundada sobre uma redefinição, isto é, sobre a redefinição do direito como instituição, a partir do momento que em uma redefinição há sempre um elemento de arbítrio, Romano especificou que a tese monista estava em contraste aberto não apenas com o “conceito abstrato de direito”, mas também “com a história e com a vida jurí-

²⁵ OG, p.91.

dica, a qual se desenvolve na realidade”.²⁶ Logo, estava convencido da historicidade da sua teoria a ponto de reconhecer que a teoria contrária, mesmo não sendo teoricamente fundada, era, contudo, o produto de uma época que vira o ordenamento-Estado levar vantagem sobre todos os ordenamentos inferiores, e, portanto, na época em que surgiu e que agora chegava ao fim, não estava em “demasiado clara e aguda contraposição com a realidade”.²⁷ O sucesso da teoria pluralista resultou do fato de que ela oferecia uma representação mais satisfatória da realidade social, exatamente no momento em que o fervilhar das forças sociais, o qual se seguiu à pressão da “questão social”, ameaçava lançar pelos ares – e em alguns países isto já havia acontecido – a tampa do Estado. Romano apreendeu muito bem essa realidade quando observou que, se nos últimos séculos houve um contínuo processo de estatalização da sociedade, no presente encontrávamo-nos, presumivelmente, diante do processo inverso, que poderíamos denominar de socialização do Estado. Dizia ele: “A chamada crise do Estado moderno implica exatamente a tendência de uma série enorme de grupos sociais que constituem para si, cada qual, um círculo jurídico independente”.²⁸

5. É bem sabido que em qualquer teoria se pode, ou, mais diretamente, se deve, distinguir a função explicativa, que é a função patente, de uma eventual função latente, prescritiva ou, como se diz com frequência, ideológica (uma palavra que eu preferiria não empregar, porque geralmente tem uma forte conotação negativa), em outras palavras, o conteúdo ontológico do conteúdo axiológico. É igualmente sabido, e comumente aceito, que, na realização dessa difícil operação de dissecação, é necessário proceder com muita cautela, pela simples razão de que não é sempre (talvez nunca seja) ver-

²⁶ OG, p.88.

²⁷ OG, p.89.

²⁸ OG, p.93.

dadeira a proposição de que “tal a teoria, tal a ideologia”, mas é quase sempre verdadeira a proposição contrária, segundo a qual a mesma teoria pode ter interpretações ideológicas diferentes, e a mesma ideologia pode estar revestida de formas teóricas até mesmo opostas. Para dar um exemplo que nos toca de perto, uma teoria pluralista pode esconder tanto uma ideologia revolucionária, se a pluralidade dos ordenamentos for interpretada como um episódio da progressiva liberação dos indivíduos e dos grupos da opressão do Estado, quanto uma ideologia reacionária, se for interpretada como um episódio da desagregação e da fragmentação do Estado, e, portanto, como pródromo de uma iminente e inevitável anarquia.

Por trás da concepção social do direito, podemos encontrar tanto um Gierke quanto um Gurvitch ou até mesmo um Proudhon, assim como, por trás da concepção monista, podem esconder-se tanto um Hegel quanto um Marx. Igualmente, uma ideologia revolucionária pode descobrir bons argumentos seja em uma teoria monista, seja em uma teoria pluralista, conforme considere mais os fenômenos de dissolução social (logo, pluralismo) do que os fenômenos de agregação (logo, monismo) para explicar a sociedade existente e fazer previsões favoráveis ao advento de uma nova ordem.

Tanto maior deve ser a cautela quando se trata de um personagem como Santi Romano, ao menos por dois motivos. Primeiro, porque ele é, por disciplina de estudo e, talvez, também por temperamento, controladíssimo na manifestação dos próprios sentimentos, a ponto de parecer impenetrável. Escreve com rara sobriedade, sem jamais ser indulgente com o preciosismo literário, mesmo sendo estudioso de boas e vastas leituras. Observa as coisas que de fato lhe interessam com certo distanciamento, impassível, a ponto de parecer indiferente (mas não o é) diante das grandes paixões que agitam a história.²⁹

²⁹ O fragmento sobre a revolução, escrito em setembro de 1944, começa assim: “A história trágica destes últimos anos, como, de resto, toda a história da humanidade...”. Contudo, essa constatação serve apenas de premissa para a introdução de uma nova categoria jurídica: o direito das revoluções (FDG, p.220).

É avesso ao espírito polêmico e raramente se deixa levar por desabafo de mal-humor acadêmico. Escreve as duas principais obras de teoria do direito, *L'ordinamento giuridico* e *Frammenti di un dizionario giuridico*, em dois dos períodos mais terríveis da história italiana – o primeiro entre 1917-1918, o segundo entre 1944-1946 –, mas não encontramos ali trecho em que ele traia o seu ânimo, que quer fazer acreditar também na tempestade (que não é apenas histórica, mas também pessoal), nem “perturbado” nem “comovido”, descontando alguma breve e rara alusão à constituinte, aos partidos nascentes, sobretudo no fragmento, importante por tantos outros aspectos, sobre a “revolução”.³⁰ São dois livros de teoria pura que, com o deliberado propósito do seu autor de ser “wertfrei”, parecem não ter data, parecem estar fora do tempo.

Em segundo lugar, ele se considera – aliás, faz questão de apresentar-se e de fazer com que seja considerado – um jurista puro, mais preocupado com as estruturas abstratas, com as “formas”, do que com as forças sociais concretas que nelas se inserem. Nunca se cansa de advertir o leitor mal orientado ou mal-intencionado de que a sua obra é, exclusivamente, de teoria do direito, não de filosofia, nem de sociologia, e muito menos de ciência política.³¹ Quando escreve o necrológio de Gaetano Mosca, além do elogio generoso da tradição jurídica siciliana, à qual ele mesmo pertence, expressa a própria aprovação pela orientação antipositivista e antimaterialista do autor de *Elementi di scienza politica*, mas não demonstra particular interesse

³⁰ Mas nem sempre: leiamos ao menos as últimas linhas de *Frammenti*, que deixam entrever as suas simpatias políticas: “... seria desejável que o homem ‘popular’ não se torne homem ‘vulgar’: que ‘o homem qualquer’ não se comporte como homem sábio e pretenda comandar, ele mesmo, quando deveria obedecer; que, em suma, o tranqüilo e bonachão ‘homem da estrada’ não assuma o comportamento do estrepitoso ‘homem da praça’, determinando a fácil degeneração da democracia em oclocracia” (p.235). O fragmento traz a data de julho de 1945.

³¹ Especialmente no que concerne aos filósofos, Romano se preocupa em estabelecer uma delimitação precisa de fronteiras, deixando claro que aquilo que dizem os filósofos sobre o direito pode até ser importante, mas não tem qualquer interesse para um teórico geral do direito que procede às suas construções exclusivamente a partir da experiência. No prefácio à segunda edição, reage bruscamente também às críticas dos políticos, que “demonstram uma absoluta incompreensão dos problemas fundamentais da teoria geral do direito” (OG, p.1). Na p.39: “... uma pesquisa de teoria geral do direito, tal é a nossa”.

em destacar, por outro meio que não o da comparação, o ponto de vista não jurídico a partir do qual o teórico da classe política tratou os problemas fundamentais do Estado moderno, daquele mesmo Estado do qual ele, Romano, buscou penetrar os aspectos essencialmente estruturais.³² O problema que ele enfrenta em *L'ordinamento giuridico* é um problema técnico, problema que nasce no interior da ciência jurídica, em um momento no qual os juristas que se ocupam predominantemente de direito público pretendem afirmar, inclusive metodologicamente, a autonomia deste em relação ao direito privado, e colocam-na à prova, tentando, sobretudo, elaborar uma teoria do direito do ponto de vista do direito público, e não partir do ponto de vista tradicional do direito privado. Segundo Romano, a teoria da instituição deve servir a este objetivo, de fornecer à teoria do direito instrumentos conceituais mais conformes a uma ciência jurídica que assiste ao fenômeno da publicização do direito, para o qual chama inúmeras vezes a atenção dos seus leitores. Se desejamos uma prova do predominante interesse técnico-jurídico que move Romano no sentido de uma teoria da instituição e do pluralismo, tomemos nota do fato de que, quando publica a segunda edição de *Ordinamento*, responde escrupulosamente aos seus críticos, mas leva em consideração apenas as críticas dos juristas (ou dos filósofos do direito) que lhe haviam levantado objeções de caráter teórico e técnico. A teoria da pluralidade dos ordenamentos suscitara discussões acirradas entre juristas políticos. Romano não se ocupa deles, apenas “olha e passa”.

6. Com efeito, foi dito que a teoria da instituição, a exemplo de qualquer teoria do direito como ordenamento, aquece em seu próprio seio uma grande serpente ideológica, porque, com a sua idéia de totalidade orgânica e organizada, favorecerá a ocultação das contra-

³² S. ROMANO, *Gaetano Mosca* (1942), in *Scritti minori*, organizado por G. Zanobini, Giuffrè, Milão, 1950, vol. I, p.381-5.

dições que dilaceram a sociedade.³³ Pode ocorrer que outras teorias tenham sido culpadas por essa “mentira útil”. Mas, francamente, parece-me difícil inserir no mesmo círculo de pecadores também Romano. Antes de tudo, como acabei de dizer, a teoria da instituição é apenas a primeira metade da doutrina romaniana do direito, e não é sequer a mais importante. A parte mais importante é a segunda, que extrai da definição do direito como instituição a consequência possível, mas não necessária, de que há muitos ordenamentos jurídicos diferentes, e o Estado é apenas um deles.

Ora, em que sentido se pode afirmar que a teoria pluralista oculta as contradições? E o que deveríamos dizer, então, da teoria monista? Ou se é monista ou se é pluralista: *tertium non datur*. Até agora ouvimos que os ocultadores eram, sobretudo, os monistas. Se assim são também os pluralistas, quem se exime da acusação? Mas se ninguém se exime da acusação, pergunto-me como fazer para não esconder as contradições, a partir do momento em que só se pode ser monista ou pluralista. Não digo que o pluralista – devido àquela relação não imediata que subsiste entre uma teoria e a sua função ideológica –, apenas porque dá maior importância à relação de convergência ou de colaboração entre instituições do que à relação de divergência e de conflito, também não possa esconder as contradições. Mas, enquanto o monista revela, certamente, uma ideologia integracionista, o pluralista não exclui uma ideologia conflitualista. Aliás, não consigo entender como seja possível ser conflitualista sem ser pluralista.

O problema – a partir do momento em que já estamos nos aventurando no perigoso terreno da interpretação ideológica – talvez seja outro. O teórico do pluralismo Santi Romano era também, ideologicamente, um pluralista?

7. Todos aqueles que se ocuparam do pensamento de Romano concordam em sustentar que a teoria da pluralidade dos ordena-

³³ Essa é a tese sustentada, com a habitual bravura e uma pitada de substância cáustica (que mais arde do que cura), por G. TAMMICO, *Prospetto per la voce “ordinamento giuridico” di un’enciclopedia*, in “Politica del diritto”, a. VI, n.1, fevereiro de 1975, p.73-102.

mentos jurídicos nasce da reflexão sobre a “crise do Estado”, à qual Romano dedicou a Aula Inaugural em Pisa, no ano acadêmico de 1909-1910,³⁴ ainda que Fulvio Tessitore tenha mostrado por meio de quais pequenos passos ali chegou em alguns escritos menores anteriores³⁵ e Sabino Cassese tenha revelado a existência de um tratado inédito de direito constitucional italiano escrito por Romano para uma editora alemã, no período entre a Aula Inaugural em Pisa e *L'ordinamento giuridico* mesmo, bem como a importância que este tem para o nascimento da teoria da instituição.³⁶ O nexo entre a constatação da crise do Estado e a teoria do pluralismo jurídico é evidente. A razão da crise está na falta de correspondência entre a idéia com base na qual o Estado que nasceu da Revolução Francesa foi construído, segundo a qual entre cada indivíduo é o Estado não deve existir lugar para nenhum ente intermediário, e a realidade social presente, em que se proliferam e imperam grupos cada vez mais numerosos e cada vez mais potentes.

O tema não era novo, aliás, tornara-se um tema comum não apenas na ciência social e jurídica, mas também na publicística. Ao longo de todo o século precedente, o pluralismo fora alimentado por três correntes distintas de pensamento político, pelo socialismo utópi-

³⁴ S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi* (1910). In *Scritti minori*, cit. p.310-25. Ainda recentemente, a relação entre a Aula Inaugural em Pisa e *Ordinamento giuridico* foi reiterada por S. D'AMBROSIO, *Riflessioni sulla storicità degli ordinamenti giuridici*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, XXIV, 1974, p.451-82, e retomada pelo mesmo autor na breve nota *L'ordinamento giuridico*, in “Rinascita”, XXXII, n.35, 5, setembro de 1975, p.38, sinal evidente do interesse atual pelo nosso tema. A constatação do vínculo entre a consciência da crise do Estado liberal e a doutrina da pluralidade remonta aos primeiros intérpretes da doutrina romaniana. Sem mencionar Panunzio, que denuncia não a crise do Estado, mas, ao contrário, a crise da teoria pluralista com base na reconhecida superação da crise do Estado, ver A. E. CAMMARATA, *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza* (1925), in *Formalismo e sapere giuridico*. Trieste, organizado pela Universidade, 1962, p.30-1: “Recentemente... esta concepção social do direito recebeu ulteriores empurrões, se é lícito assim nos expressarmos, da assim denominada ‘crise do Estado moderno’, crise que se acreditou vislumbrada na multiplicação, no seio do Estado moderno, de associações e organizações... que tendem a reunir os indivíduos segundo o critério das suas ‘profissões’, ou melhor, do seu interesse econômico”. A referência ao ensaio anterior sobre a crise do Estado moderno é feita, de resto, pelo próprio Romano em *L'ordinamento giuridico*, p.93.

³⁵ F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Morano, 2. ed., Nápoles, 1971, p.177 em diante.

³⁶ S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione*, cit. p.260 em diante.

co e depois libertário (Proudhon), pelo liberalismo que descobrira o associacionismo da jovem democracia americana (Tocqueville), pelo cristianismo social (que se movimentara em torno das encíclicas sociais de Leão XIII). No período em que Romano escrevia, eram pluralistas tanto os sindicalistas revolucionários quanto o liberal Luigi Einaudi, que exaltava a função social e progressiva das primeiras ligas de operários, e, também, os primeiros atores de um movimento popular católico, como Romolo Murri e Luigi Sturzo. Romano conhecia os três movimentos, como resulta de uma breve passagem da *Aula Inaugural*.³⁷

Mesmo prescindindo da diferença profunda entre os três pluralismos, é preciso reconhecer que, ao lado de um pluralismo *in bonam partem*, sempre houve também um pluralismo *in malam partem*. Ao lado daqueles que consideravam a formação de sociedades intermediárias entre o indivíduo e o Estado um fenômeno positivo, porque contribuía, ao mesmo tempo, para diminuir o isolamento do indivíduo e o poder excessivo do Estado, havia aqueles que nelas entreviam, ao contrário, um sinal infeliz do esfacelamento da unidade estatal e da diversa, mas não menos perigosa, arregimentação do indivíduo. Qual era a posição de Romano diante dessas duas interpretações possíveis do pluralismo? Como cientista que tem a tarefa e o dever de observar a realidade sem véus piedosos e sem máscaras deformantes, ele foi, seguramente, atingido pela vastidão do fenômeno, que pode ser definido como a “revolta da sociedade contra o Estado”. Contudo, não dá a entender, com igual clareza, o seu estado de ânimo. O que ele pensava do impetuoso fenômeno associacionista? Seria benéfico ou nefasto? Conseqüentemente, a crise do Estado moderno devia ser interpretada

³⁷ Refiro-me à seguinte passagem: “Promovem-no” – exatamente o movimento que determina a crise do Estado moderno – “e viabilizam-no aqueles que visam a uma subversão geral dos atuais ordenamentos; observam-no com simpatia, como poderosa afirmação de vitalidade democrática, aqueles que, embora fugindo de vias inconstitucionais, imaginam reformas profundas e radicais; propugna-o, inclusive oficialmente, a Igreja católica, que... se mostrou decididamente favorável ao sistema corporativo” (p.316). Sobre o tema, ver S. LANARD, *Pluralismo e società di massa nel dibattito ideologico del primo dopoguerra (1918-1925)*, in Luigi Sturzo *nella storia d'Italia*, Edizioni di storia e letteratura, Roma, 1973, II, p.271-315.

como crise de crescimento ou, ao contrário, como uma crise de degeneração? De um lado, diante do "eclipse" de uma "luminosa" concepção do Estado, como foi aquela nascida da Revolução Francesa, afirma que "poderia não ser de todo supersticioso dela extrair não felizes presságios", mas, ao mesmo tempo, denuncia a excessiva "simplicidade" da organização estatal existente, e, portanto, a sua "insuficiência" e "deficiência".³⁸ Se os presságios não são felizes, quer dizer que a revolta da sociedade contra o Estado pode ter consequências destrutivas; mas, se as estruturas estatais presentes são insuficientes e deficientes, é sinal de que o abalo foi não apenas necessário como pode, também, ser um bem, isto é, pode levar a modificar a organização do Estado para adaptá-la às mudanças sociais.

Quanto ao êxito final do embate entre Estado velho e sociedade nova, limita-se a expressar uma esperança: "que o movimento corporativo seja dirigido não a revolucionar o Estado..., mas a completar as suas deficiências e as lacunas que apresenta, como vimos, como efeito necessário das suas origens".³⁹ A única conclusão certa que se pode deduzir dessas expressões é que ele não aceita o pluralismo extremo ou subversivo dos que aspiram não tanto à transformação do Estado e à sua adaptação às novas exigências sociais, mas à sua destruição. Ele é um pluralista moderado. Acredita, portanto, nos efeitos benéficos que o emergir de grupos sociais indóceis, como os sindicatos, pode produzir para uma melhor articulação das relações entre cada indivíduo e o Estado, mas continua a considerar o Estado como momento final e necessário da sociedade organizada. Melhor

³⁸ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit. p.314 e 317. Na p.320, expressa em poucas linhas o conceito fundamental do pluralismo com as seguintes palavras: "O núcleo de verdade mais indiscutível que anima as modernas tendências ao sistema corporativo está na simples ênfase de que as relações sociais que interessam diretamente ao direito público não se exaurem nas que têm por fins o indivíduo, de um lado, o Estado e as comunidades territoriais menores, de outro. Como seria totalmente contrário ao mais evidente e seguro processo histórico de que a nossa civilização derivou prescindir destas últimas, da mesma forma parece exigência elementar e fundamental levar em consideração também as organizações sociais derivadas de vínculos diferentes dos vínculos territoriais".

³⁹ *Op. cit.*, p.321.

ainda, ele é teoricamente pluralista, mas ideologicamente monista.⁴⁰ Na conclusão, afirma que, quaisquer que sejam as transformações sociais em curso, não se pode renunciar ao princípio de “uma organização superior que una, contemporize e harmonize as organizações menores em que a primeira se vai especificando”.⁴¹ Essa organização superior só pode ser, uma vez mais, o “Estado moderno”.

Teoricamente, pluralista; ideologicamente, monista. Não se trata de uma contradição. No máximo, essa afirmativa confirma a complexidade da relação entre teoria e ideologia. De resto, não é difícil encontrar uma explicação. O pluralismo como teoria, reduzido ao seu núcleo central, funda-se sobre a convicção de que um maior destaque dado à multiplicidade dos grupos que agem em um sistema social ofereça um modelo mais adequado para a compreensão da realidade social do que o modelo oitocentista, baseado em dois pólos opostos, o pólo do indivíduo e o do Estado. Contudo, uma vez constatada a articulação do sistema social em grupos, também as doutrinas pluralistas são atravessadas, e, por conseguinte, influenciadas, pela “grande divisão” entre teorias conflitualistas e integracionistas. De um lado, pode-se interpretar a sociedade dividida em grupos como um sistema em equilíbrio dinâmico, em que os vários grupos ocupam um lugar de potencial paridade e estão em contínua concorrência entre si, ou, então, como um sistema orgânico, em que os vários grupos são funcionais para o todo de um modo desigual, sendo alguns subordinados, outros, sobreordenados.⁴²

⁴⁰ Cassese fala, a propósito disto, de um “delicado compromisso”, operado por Romano, “entre a exigência pluralista posta pelos fatos e a ideologia autoritária da escola juspublicista italiana”. Compromisso “que, sucessivamente, no seu mesmo autor, parece romper-se para deixar aparecer, com mais rigor, mas com ênfase no momento autoritário, o pluralismo em função subserviente ao Estado” (*Cultura e política nel diritto amministrativo*, cit., p.184).

⁴¹ *Op. cit.*, p.324.

⁴² Há uma passagem em *L'ordinamento giuridico* da qual resulta que o pluralismo pode ser justificado exatamente devido aos seus efeitos não igualitários. A propósito da relação entre ordenamento estatal e a empresa, considerada como ordenamento menor, Romano observa que “o direito do Estado moderno quis eliminar qualquer relacionamento que implicasse a dependência de uma pessoa em relação a outra igualmente privada. Nesta reação, que foi uma reação ao ordenamento

A prova de fogo para a classificação de uma doutrina pluralista na primeira categoria ou na outra é a posição do Estado em relação a todos os outros grupos. Para o pluralismo subversivo, o Estado é uma instituição como qualquer outra, tanto que pode até mesmo tornar-se supérfluo. Para o pluralismo moderado, o Estado é e continua a ser sempre uma instituição diferente de todas as outras, irreduzível às outras, superior às outras. É, em certo sentido, a instituição que possibilita a existência de todas as outras instituições, e não pode ser eliminado porque é o coroamento e a síntese necessária de qualquer sistema social. Com uma expressão significativa, Romano chama o Estado de "instituição das instituições" e jamais pensa, nem de longe, ser possível ou desejável que seja desagregado nas suas partes. Do ponto de vista ideológico, há pluralismo e pluralismo, assim como há monismo e monismo.

No período em que Romano escrevia o ensaio sobre a crise do Estado, o monismo dos nacionalistas era um monismo absoluto, que viria a desembocar na expressão mussoliniana de "tudo no Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado". O monismo de Romano era um monismo relativo, porque, embora colocasse o Estado no vértice da escala dos ordenamentos, como ordenamento supra-ordenado em relação aos ordenamentos sociais, não o considerava um ordenamento exclusivo.⁴³ Reconhecia que o Estado tinha uma tendência irresistível a absorver os outros ordenamentos, mas reconhecia, ao mesmo tempo, que, para além do Estado, havia uma tendência igual-

mais antigo e aos abusos que ele consagrava, *excedeu-se, contudo, em demais, desconhecendo que certas manifestações da vida social requerem ainda, e provavelmente tornam sempre a requerer, uma desigualdade entre os indivíduos, a supremacia de uns, a subordinação de outros*" (p.163, destaques meus).

⁴³ A polêmica de Romano em relação a Kelsen, considerado o teórico da exclusividade do ordenamento estatal, é freqüente e se vê pela afirmação, repetida em inúmeros lugares, de que "o princípio de que qualquer ordenamento originário é sempre exclusivo deve ser entendido no sentido de que ele *pode*, não de que *deve necessariamente*, negar o valor jurídico de qualquer outro" (OG, p.119). Ver também *FDG*, em que se lê que o princípio de exclusividade ou de unicidade de qualquer ordenamento jurídico originário "faz parte das exageradas e com freqüência paradoxais teorias kelsenianas e encontrou, inclusive fora dos fiéis seguidores dele, uma nem sempre meditada acolhida" (p.16). Ver também *FDG*, p.213.

mente irresistível da sociedade a gerar sempre novos ordenamentos, de modo que sempre ficava do lado de fora do Estado uma margem mais ou menos ampla de sociabilidade não controlada pelo Estado, e portanto, sob certos aspectos, pré-estatal e, sob outros aspectos, até mesmo antiestatal.

Pluralismo moderado e monismo relativo são expressões às quais não quero atribuir maior valor do que têm todas as expressões. Mas me parece que ambas exprimam muito bem o espírito com que Romano enfrentou o problema da relação entre sociedade e Estado em um período de profundas transformações, além da concepção que ele tinha do jurista, sobre o qual escreveu algumas das suas mais belas páginas em um fragmento no qual, depois de ter comparado os diferentes tipos de juristas aos diferentes tipos de pérolas, verdadeiras, falsas ou cultivadas, conclui que “jurista e, sobretudo, o grande jurista não é... quem não tem a mente muito equilibrada e prudente”.⁴⁴ Não é arriscado presumir que, escrevendo essas páginas, pensasse também em si mesmo.⁴⁵

⁴⁴ FDG, p.116.

⁴⁵ Quando este volume já estava na fase das provas, chegou-me um artigo de G. Falcon, *Gli 'scritti minori' di Santi Romano*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, XXVI, 1976, p.661-74, que, por meio de uma detalhada análise de alguns escritos compostos entre os anos de 1907 e 1917, coloca em evidência todos os elementos que mostram a ideologia conservadora de Santi Romano.

9 ESTRUTURA E FUNÇÃO NA TEORIA DO DIREITO DE Kelsen

– 1. Significado da obra de Kelsen na história da teoria geral do direito no último século – 2. Fatos e valores na teoria do direito de Kelsen: o ideal da ciência e a não-cientificidade dos ideais – 3. A teoria pura do direito como teoria do ordenamento jurídico – 4. Estrutura e função na teoria do direito.

1. Em 1910, Hans Kelsen, sem ter ainda completado trinta anos, publicou *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, uma volumosa obra de setecentas páginas, com a qual colocou, mais do que a primeira pedra, os fundamentos daquela que, no prefácio à segunda edição (1923), denominou de “uma teoria pura do direito como teoria do direito positivo”.¹ Em 1934, quando aparece a primeira edição daquele livro-síntese, programa e manifesto, como é *Reine Rechtslehre*, o edifício pôde dar-se por acabado. Entre 1911 e 1914, reuniu-se em torno de Kelsen um grupo de jovens estudiosos ao qual se deu o nome de Escola de Viena. No âmbito da escola, Adolf Merkl, em uma obra de 1923 (*Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*), desenvolveu a teoria dinâmica do ordenamento jurídico, a chamada *Stufentheorie des Rechts*, que Kelsen acolheu e incorporou à *Allgemeine Staatslehre*, de 1925. Depois de 1934 até a segunda edição da *Reine Rechtslehre* (1960), que contém todos os sucessivos enriquecimentos da doutrina – a ponto de adquirir uma

¹ O título inteiro é *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Mohr, Tübingen, 1910. A segunda edição é um fac-símile da primeira, com o acréscimo de uma importante introdução (p.V-XXIII), que pontua o desenvolvimento da teoria pura do direito nos últimos dez anos. A mais ampla bibliografia das obras de Kelsen e sobre Kelsen encontra-se no apêndice a R. A. METALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Franz Deuticke, Viena, 1969, p.124-6. Até o ano de 1965, está atualizada a bibliografia das obras de Kelsen que se encontra como apêndice ao *Saggio introduttivo* de M. LOSANO, que acompanha a edição italiana da segunda edição da *Reine Rechtslehre*; H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turim, 1966, p.LXII-XC.

dimensão três vezes maior do que a da primeira edição e ter assumido o caráter de verdadeiro tratado –, o sistema foi aperfeiçoado, completado, corrigido aqui e ali, mas as linhas mestras não mais foram modificadas. Desde a aparição de *Hauptprobleme*, havia se transcorrido, então, meio século.

A obra de Kelsen constitui uma etapa fundamental na história da teoria do direito. Tirou parte da sua importância das obras anteriores, como as de Jhering, Thon e Jellinek, salvo se as considerarmos afluentes que confluíram para o grande rio. Teorias que tomaram outros caminhos, como aquela também celebrada de Duguit, foram abandonadas. As duas principais obras de teoria do direito surgidas nesses últimos vinte anos, *Law and Justice*, de Alf Ross (1958), e *The Concept of Law*, de Herbert L. Hart (1961), mesmo tendo sido escritas por autores educados em uma tradição jurídica não exatamente bem situada no sentido do tão censurado e mal-compreendido formalismo kelseniano, reconhecem o débito que contraíram com a teoria pura do direito. Apesar dos dissensos em relação à obra do mestre, ambas são obras claramente pós-kelsenianas, no exato sentido de que não podem ser entendidas sem Kelsen.

O maior reconhecimento do lugar estratégico que a teoria pura do direito tem ocupado na história da jurisprudência teórica² veio de seus adversários mais irredutíveis. Durante décadas, a obra de Kelsen foi identificada pelas correntes adversárias (as que Kelsen colocara em dificuldade ou retirara de seu caminho) como o inimigo por excelência. Para os jusnaturalistas, a obra de Kelsen tornou-se o limite último e, ao mesmo tempo, o protótipo do positivismo jurídico; para os realistas, do formalismo; para os juristas soviéticos, da jurisprudência burguesa. A teoria pura do direito foi, por vezes, denunciada como sede de todos os erros do século, o resultado de todas

² Também esta expressão “jurisprudência teórica” (*theoretical jurisprudence*) encontra-se em Kelsen, por exemplo em *General theory of law and State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1945 (de agora em diante citado como GTL.S), p.141 (tradução italiana, Edizioni di Comunità, Milão, 1952, p.143) *Teoria geral do direito e do Estado*, 3. ed., trad. port. Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2000].

as aberrações de uma ciência que pretende substituir a metafísica, caindo no agnosticismo; a nua empiria, condenando-se à esterilidade; a ideologia, sendo ela mesma uma ideologia mascarada.

Não obstante tenha sido muitas vezes declarada morta (sobre tudo por aqueles que acreditavam tê-la matado), a teoria kelseniana nunca cessou, inclusive nesses últimos anos, de ser objeto de estudo e de novas reflexões.³ Em 1970, foi fundada uma revista de teoria do direito intitulada "Rechtstheorie", da qual Kelsen era diretor, ao lado de K. Engisch, H. L. A. Hart, U. Klug e K. Popper. Seu objetivo é aprofundar, mais do que foi feito até agora, a crítica dos fundamentos do conhecimento jurídico, e parece que se propõe a tarefa de desenvolver os "analytische Ansätze" presentes na obra kelseniana.⁴ Num dos volumes do primeiro ano, foi publicado um artigo de Robert Walter sobre o presente estado da teoria pura do direito, no qual se pode ler que a nova revista não pode prescindir dos resultados dessa teoria.⁵

O direito sempre foi um jardim fechado e refratário aos não-juristas. Dos grandes juristas deste último século, apenas a obra de Jhering tivera alguma ressonância fora desse recinto, ainda que por aspectos marginais ao sistema. Mas Jhering invadira, em *Der Zweck im Recht*, sua obra filosófica, o campo da ética e, em geral, do costume social (resvalando na sociologia). Kelsen, ainda que não alheio à história do pensamento jurídico, à qual deu contribuições originais, e exceto por uma exploração no campo da etnologia com o objetivo de trazer uma confirmação histórica da grande dicotomia entre natureza e cultura, entre mundo do ser e mundo do dever-ser, entre esfera das relações de causalidade e esfera das relações de imputação, sobre as quais fundou a autonomia da ciência jurídica, foi essencialmente um jurista: logo, um jurista *puro* para uma teoria pura do direito.

³ Limito-me a recordar, depois da citada bibliografia de Metall, a monografia, para dizer a verdade um pouco escolástica, de R. HAUSER, *Norm, Recht und Staat. Überlegungen zu Hans Kelsen Theorie der reinen Rechtslehre*. Springer Verlag, Viena, 1968.

⁴ "Rechtstheorie. Zeitschrift für logik, methodenlehre, kybernetik und soziologie des rechts", Duncker und Humblot, Berlim, 1970.

⁵ R. WALTER, *Der gegenwärtige Stand der reinen rechtslehre*, in "Rechtstheorie", I, 1970, p.69-95.

No entanto, de Kelsen em diante, e, sobretudo, por meio de Kelsen, os problemas da jurisprudência teórica adentraram o círculo das discussões gerais sobre metodologia, ética e meta-ética, lógica e, de modo mais geral, filosofia da ciência. Um exemplo convincente e significativo: no amplo compêndio de problemas de lógica e filosofia da ciência, dirigido por Jean Piaget para a "Encyclopédie de la Pléiade", no breve parágrafo em que é introduzido o problema da ciência jurídica, o único ponto de referência é o sistema Kelseniano, a propósito do qual se diz: "... o direito constitui, em si mesmo, um sistema de normas, cujas articulações e construtividade foram trazidas à luz com grande profundidade por H. Kelsen".⁶

O que faz da teoria pura do direito um momento decisivo da jurisprudência teórica, e, portanto, uma etapa obrigatória dos estudos de teoria do direito, inclusive para os reticentes, são alguns traços fundamentais, seja quanto ao método, seja quanto à perspectiva sobre o próprio objeto, seja quanto à implantação teórica geral da disciplina, os quais a teoria pura do direito tem em comum com as teorias gerais que se desenvolviam, aproximadamente nos mesmos anos, em outros campos das ciências humanas. A literatura kelseniana, embora vastíssima, jamais se deteve com a devida atenção neste ponto, isto é, no fato de que a empreitada científica de Kelsen desenvolve-se em consonância com as grandes empreitadas científicas de seu tempo no campo das ciências sociais e com elas partilha algumas características fundamentais. Os habituais confrontos entre a teoria de Kelsen e outras teorias do direito, infelizmente, não vão muito além de corretos, mas estéreis, exercícios acadêmicos, sem consequências relevantes para uma melhor compreensão do sistema kelseniano. O confronto mais interessante e mais esclarecedor é aquele que o próprio Kelsen

⁶ J. PIAGET, *Les deux problèmes principaux de l'épistémologie des sciences de l'homme*, in *Logique et connaissance scientifique*, vol. XXII da "Encyclopédie de la Pléiade". Paris, 1967, p.1.117 ["Os dois principais problemas da epistemologia das ciências humanas", in *Lógica e conhecimento científico*, 2 vols., trad. port. Souza Dias, Porto, Civilização, 1980-1981]. Sobre a relação Piaget-Kelsen, cfr. G. CELLERIER, *Incidenza dell'epistemologia genetica sulla teoria dei fondamenti del diritto*, in VV.AA., *Jean Piaget e le scienze sociali*, La Nuova Italia, Florença, 1973, p.71-113.

Instituiu entre a teoria pura do direito e a jurisprudência analítica de John Austin, entendida como primeiro exemplo de jurisprudência teórica.⁷ Também o estudo das fontes filosóficas, ou, em geral, culturais, do movimento para uma teoria pura do direito foi, até agora, surpreendentemente pobre: críticos, mesmo recentes, limitam-se a retomar as conhecidas menções do próprio Kelsen a uma convergência significativa, mesmo que casual, com o neokantismo da Escola de Marburg. Ainda hoje, Kelsen passa por um neokantiano, embora o nome de Hermann Cohen não seja citado nem uma única vez na segunda edição de *Reine Rechtslehre*, que constitui, como já foi dito, o ponto de chegada de seu pensamento.

Kelsen pode ser considerado kantiano apenas na medida em que se liga à grande dicotomia, que remonta a Kant, entre a esfera do *Sein* e a esfera do *Sollen*.⁸ Para defender essa dicotomia hoje, em um clima cultural diverso, um autor preferiria apresentar outras credenciais, *in primis*, a distinção humiana entre *is* e *ought*. Com efeito, entre a dicotomia kantiana, que separa o reino da necessidade do reino da liberdade, e a dicotomia kelseniana, que distingue natureza de sociedade, há toda a diferença existente entre uma elaboração filosófica e uma elaboração científica do problema: a dicotomia kelseniana resume-se na contraposição entre dois sistemas de representação da realidade, um fundado em relações de causalidade, o outro, em relações de imputação. Não é necessário incomodar Kant para explicar a origem e entender o significado de qualquer das teses de Kelsen, mesmo que este tenha flertado inúmeras vezes com a *Critica della ragion pura*.

⁷ H. Kelsen, *Pure theory of law and analytical jurisprudence*, in "Harvard Law Review", LV, 1941, p.44-70 (tradução italiana, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, organizado por R. Treves, Einaudi, Turim, 1967, p.173-206) ["A teoria pura do direito e a jurisprudência analítica", trad. port. Luís Carlos Borges, in *O que é justiça?*, 3. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2001].

⁸ Uma longa discussão em relação a Kant pode ser encontrada na segunda edição de *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Viena, 1960 (citada de agora em diante como *RRL* 2), p.102-5 (tradução italiana, Einaudi, Turim, 1966, p.119-20) [Teoria pura do direito, 6. ed., trad. port. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1998]. Para as relações entre Kelsen e o neokantismo, é fundamental também R. Treves, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in "Atti della R. Acc. delle Scienze di Torino", LXXIX, 1934 (p.43, excerto).

Quem desejar perceber a função de ruptura que a teoria pura do direito teve no desenvolvimento da jurisprudência teórica, deverá alargar os próprios horizontes e examinar mais de perto o movimento do saber científico e da reflexão sobre a ciência que se desenvolve nas primeiras décadas do século. Como já foi observado inúmeras vezes, na mesma Viena onde Kelsen formou sua escola, nascera, poucos anos antes, a psicanálise, e apareceria, poucos anos depois, o Wiener Kreis. Embora o interesse de Kelsen por ambos tenha sido marginal (mas as relações entre a teoria pura do direito e a psicanálise, de um lado, e o Círculo de Viena, de outro, mereceriam ser melhor estudadas), os três movimentos se desenvolveram no mesmo clima cultural. Tão logo apareceram os primeiros estudos de Freud sobre a psicologia de massa, Kelsen os acolheu com interesse e tratou deles na obra de maior destaque escrita naqueles anos depois de *Hauptprobleme*.⁹ A sua participação na atuação cultural dos neopositivistas ocorre muito depois, nos grupos da diáspora pós-nazista. Colaborou com dois artigos para a nova revista "The Journal of the Unified Science", que continuava "Erkenntnis";¹⁰ a primeira edição da obra *Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung*, que posteriormente, na edição norte-americana de 1943, receberia o título de *Society and nature*, foi impressa na Holanda, em 1941, pela "Library of Unified Science", criada pelos neopositivistas que fugiram da Áustria e da Alemanha, mas não fora publicada, devido à ocupação alemã.¹¹

No mesmo ano de 1916, surgiram duas obras sobre cuja importância para a elaboração teórica e para a reconstrução sistemática

⁹ Cfr. o parágrafo intitulado "Die Libido als Kriterium der sozialen Verbindung", no livro *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Mohr, Tübingen, 1922, p.19-33. Há um aceno à psicanálise também in *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik*, in "Zeitschrift für öffentliches recht", II, 1921, p.506.

¹⁰ H. Kelsen, *Die Entstehung der Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip*, in "The Journal of Unified Science", VIII, 1939, p.69-130; e *Causality and retribution*, idem, p.234-40 ["Causalidade e retribuição", trad. port. Luís Carlos Borges, in *O que é justiça?*, 3. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2001].

¹¹ Para essas informações, remeto o leitor a R. A. MITALL, *Hans Kelsen*, cit., p.67 e 110. Cfr. também F. BARONE, *Il neo-positivismo logico*, Edizioni di Filosofia, Turim, 1953, p.247.

dos respectivos campos de investigação é desnecessário dispensar muitas palavras: *Cours de linguistique générale*, de Ferdinand de Saussure, e *Trattato di sociologia generale*, de Vilfredo Pareto. Publicada a primeira, na França, e a segunda, na Itália, durante a Primeira Guerra Mundial, ambas nasceram na pacífica Suíça, onde o mesmo Kelsen viria a exilar-se em 1933, depois da chegada de Hitler ao poder. Não há traços do conhecimento da sociologia de Pareto na obra de Kelsen, a quem, aliás, não escapara a importância do mestre de Lausanne.¹² Contudo, um dos poucos juristas que atraíram a atenção de Pareto foi o seu colega de Lausanne Ernest Roguin, que publicara, ainda em 1889, um livro de "ciência jurídica pura", como o próprio autor declara, e depois, em 1923, os três volumes de *La science juridique pure*, que constitui a única obra comparável (ainda que raramente comparada) – mais por inspiração, entenda-se, do que pelos resultados – à obra de Kelsen.¹³

¹² Em uma nota de *Vom Wesen der Demokratie*, Mohr, Tübingen, 1920 (que cito da tradução italiana, *Essenza e valore della democrazia*, in H. Kelsen, *Democrazia e cultura*, Il Mulino, Bolonha, 1955) ["Essência e valor da democracia", trad. port. Vera Barkow, in *A democracia*, 2. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000], Kelsen discute a afirmativa de Roberto Michels, segundo o qual o fascismo, na sua tendência antiparlamentar, apoiara-se em Pareto, e a refuta, considerando que a postura de Pareto na consideração do parlamento correspondia à de um liberal (p.46-7). O juízo de Michels fundava-se no ensaio paretiano *Pochi punti di un futuro ordinamento costituzionale*, que ele mesmo publicara logo depois da morte de Pareto in "La vita italiana", setembro e outubro de 1923, p.165-9, apresentando-o como "o testamento político do maior sociólogo e pensador da atualidade, deixado a todos os jovens italianos, sem distinção de partido" (agora in V. Pareto, *Scritti politici*, organizado por G. Busino, Utet, Turim, 1974, vol. II, p.795-800). A mesma referência a Pareto encontra-se também em um ensaio posterior de Kelsen, *Das Problem des Parlamentarismus*, W. Braumüller, Viena-Lipsia, 1924 ["O problema do parlamentarismo", trad. port. Vera Barkow, in *A democracia*, 2. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000], como foi destacado por P. TOMMESSEN, *La conception parétienne de la démocratie*, in "Res publica" (Revue de l'Institut belge de science politique), XVII, 1975, p.5-30, que cita, na p.23, o ensaio kelseniano da segunda edição de 1968 (em que o trecho comentado encontra-se nas p.42-4). Desse escrito kelseniano existe também uma velha tradução italiana in "Nuovi studi di diritto, economia e politica", II, 1929, p.182-204. Como todos podem ver, a partir dessas citações, o encontro de Kelsen com Pareto foi ocasional, e não se referiu nem à teoria do direito do primeiro, nem à teoria sociológica do segundo.

¹³ No prefácio à primeira obra, intitulada *La règle de droit*, F. Rouge, Lausanne, 1889, escrevia: "nós estudamos o direito do ponto de vista analítico e sintético, como o químico estuda os corpos que ele decompõe e classifica... Pela sua própria natureza, as nossas conclusões são, salvo engano, tão rigorosas quanto as da ciência dos corpos materiais" (p.VI). No prefácio à segunda obra, *La science juridique pure*, F. Rouge, Lausanne, 1923, cita como antecessor Austin, não mencionando Kelsen e reitera que as verdades demonstradas no seu sistema "não implicam, em si mesmas, qualquer juízo de valor em relação ao mérito ou ao demérito das soluções e das instituições jurídicas" (p.XXX). Sobre as relações entre Pareto e Roguin chamou a atenção G. BUSINO, *Ernest Roguin et Vilfredo Pareto*, in "Cahier Vilfredo Pareto", 1964, n.4, p.189-210. Sobre as relações entre Kelsen e Roguin,

Nos mesmos anos em que Kelsen elaborava a própria teoria, apareceram os ensaios fundamentais de Max Weber, *Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie* (Sopra alcune categorie della sociologia comprendente, 1913) e *Der Sinn der Wertfreiheit der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften* (Il significato dell'avalutatività delle scienze sociologiche ed economiche, 1917). Em 1921, aparece a obra póstuma fundamental de Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Economia e società). Embora Kelsen tenha passado por um período de estudos em Heidelberg, em 1908, não teve qualquer contato com Weber, que então ocupava a cátedra de economia política. Todavia, mais tarde, estudou cuidadosamente o pensamento weberiano, encontrando algumas afinidades com o seu pensamento no que se refere à relação entre Estado e direito e à concepção jurídica do Estado.¹⁴

2. É bem conhecida a importância da descoberta dos motivos não racionais que determinam a conduta do homem em sociedade para o desencadeamento de uma reviravolta nas ciências humanas. Segundo Pareto, as ações lógicas ocupam um pequeno espaço na economia total de um sistema social, se comparadas às ações não-lógicas. Max Weber colocou, ao lado da ação racional em relação ao objetivo, outras formas de ação social: a ação racional em relação ao valor, a ação afetiva, a ação tradicional. Ainda que com diferentes acentos, Pareto e Weber foram os mais rígidos e obstinados defensores da condenação de qualquer contaminação da ciência pelos juízos de valor. Ambos estavam fortemente inclinados a acreditar (atuando, conseqüentemente, como cientistas) que, em uma sociedade dominada por forças irracionais, a ciência fosse a única empreitada humana em que o domínio e a orientação da razão deveriam manter-se

E. GUISSAN, *La science juridique pure. Roguin e Kelsen*, in "Zeischrift für schweizerisches Rechts", LIX, 1940, p.207-38. Sobre Roguin, escrevi eu mesmo um ensaio: *Un dimenticato teorico del diritto: Ernest Roguin*, que será em breve publicado nos *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*.

¹⁴ Cfr. o parágrafo "Der Staat als Rechtsordnung in den Kategorien der 'verstehenden' Soziologie", in *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., p.156-70. Sobre a estadia de Kelsen em Heidelberg, cfr. R. A. MEYER, *Hans Kelsen*, cit., p.10 em diante.

incontestáveis; e que, portanto, cabia ao homem de ciência a responsabilidade de preservar o saber científico da corrupção das fés individuais e coletivas, dos sentimentos, das concepções de mundo que não eram racionalmente, mas apenas praticamente, justificáveis. Em Pareto e em Weber, a feroz defesa de uma ciência destituída de procedimentos valorativos caminha *pari passu* com uma concepção fundamentalmente irracionalista do universo ético: a ética do cientista consiste, precisamente, na defesa, até as últimas conseqüências, do único e limitado reduto da razão face aos assaltos da não-razão, como se revela na enunciação dos juízos de valor. Essa postura ética comum diante da ciência é tanto mais importante à medida que um e outro foram, em geral, diferentíssimos no que concerne aos valores da vida e da sociedade: Pareto foi um libertário, Weber, um espírito religioso. Entretanto, os dois acreditaram firmemente terem sido chamados a salvar pelo menos a ilha da ciência da tempestade das paixões humanas.

No primeiro parágrafo do *Prefácio* à sua obra-manifesto, que é *Reine Rechtslehre*, Kelsen escreve estas palavras:

*Antes de tudo, o meu objetivo foi elevar a jurisprudência, que, de modo patente ou oculto, se dissolvera quase que inteiramente no raciocínio político-jurídico, à altura de uma ciência autêntica, uma ciência do espírito. Tratava-se de desenvolver as suas tendências dirigidas não para a criação, mas, exclusivamente, para o conhecimento do direito, e de aproximar ao máximo os seus resultados dos ideais da ciência: objetividade e exatidão.*¹⁵

Sem jamais ter lido Pareto e sem citar Max Weber, Kelsen perseguia o mesmo objetivo no campo do direito e tendia a ele confiando na mesma inspiração fundamental, que era a separação entre pesquisa científica e programas políticos e o impedimento de que os juízos de valor corrompessem a pureza da pesquisa. No *Prefácio* a *General*

¹⁵ *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke Verlag, Lipsia-Viena, 1934, *Prefazione* (citado de agora em diante como *RLI. I*) [*Teoria pura do direito*, trad. port. Fernando de Miranda, São Paulo, Saraiva, 1939].

theory of law and State, que contém, muito mais do que a segunda edição da *Reine Rechtslehre*, a *summa* do seu pensamento, afirma muito claramente:

*Chamando tal doutrina de 'teoria pura do direito', pretende-se dizer que ela permanece livre de todos os elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único objetivo é o conhecimento do direito, e não a sua formação. Uma ciência deve descrever o próprio objeto como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ou não deveria ser com base em alguns juízos de valor específicos. Este último é um problema político e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade que se ocupa dos valores e não é um objeto da ciência, a qual se ocupa da realidade.*¹⁶

Kelsen estava perfeitamente ciente do fato de que, perseguindo esse objetivo, inscrevia o seu projeto de uma teoria científica do direito no movimento geral das ciências sociais dele contemporâneo. Um dos textos kelsenianos metodologicamente mais importantes, o *Prefácio* à segunda edição de *Hauptprobleme* (1923), termina com este augúrio:

*Talvez eu possa ter esperanças de que os nossos esforços no sentido de aprofundar filosoficamente os problemas da doutrina do direito e do Estado, ligando-os aos problemas análogos das outras ciências e liberando, assim, a nossa ciência do seu isolamento insano, inserindo-a, como membro digno, no sistema das ciências, encontrem uma correta compreensão também junto aos adversários.*¹⁷

Também em Kelsen, o projeto de elevar a ciência do direito ao patamar das outras ciências, perseguindo o ideal científico da “objetividade” e da “exatidão”, é acompanhado por uma concepção irracionalista dos valores, tão radical quanto a de Pareto e a de Weber. Se quer ser bem-sucedido em seu intento de construir uma teoria universalmente válida, o cientista deve manter os juízos de valor sob

¹⁶ GTLS, p.XIV (tradução italiana p.IX).

¹⁷ *Hauptprobleme*, cit., p.XXIII.

vigilância tanto quanto lhe for possível, precisamente porque os valores representam a esfera do irracional. Onde quer que o cientista deixe que se insinuem as próprias preferências, expressas em juízos de valor, a empreitada científica está destinada ao fracasso, pela simples razão de que os juízos de valor não são passíveis de ser submetidos aos controles constitutivos do universo científico. Em outras palavras, a empreitada científica só é possível quando procura ser avaliativa. Naturalmente, para não se deixar influenciar pelas próprias preferências ético-políticas, o cientista deve renunciar à pretensão de oferecer receitas para a ação. A tarefa da ciência é descrever, e não prescrever. Qualquer um que tenha alguma familiaridade com as obras de Kelsen sabe muito bem a importância que tem, em sua concepção da ética do cientista, o compromisso de nada prescrever: Kelsen leva esse compromisso tão longe a ponto de estendê-lo da teoria geral do direito, na qual parece mais óbvio, ao trabalho dos juristas, que deveriam limitar-se a propor as várias interpretações possíveis de uma norma ou de um complexo de normas, já que qualquer escolha, implicando uma valoração, seria cientificamente insustentável.¹⁸

O valor por excelência a que o direito está relacionado é o valor da justiça. Como todo valor (ou, mais precisamente, como todo valor último ou final), a justiça não é passível de ser submetida a qualquer forma de controle empírico ou racional. Uma das afirmações recorrentes em toda a obra kelseniana é que a justiça é um ideal irracional. “Justiça” – escreve ele em *Reine Rechtslehre*,

*no significado que lhe é próprio e que a diferencia do direito, expressa (...) um valor absoluto. O seu conteúdo não pode ser determinado pela doutrina pura do direito. Aliás, ele não é de modo algum determinável pelo conhecimento racional.*¹⁹

E mais adiante:

¹⁸ Metall relata que Kelsen jamais se inscreveu em qualquer partido político, porque considerava que pertencer a um partido colocaria em perigo ou limitaria a independência científica (*op. cit.*, p.33).

¹⁹ RRL I, § 8.

*Como é impossível (tanto quanto se possa pressupor) determinar, mediante o conhecimento científico, isto é, por meio de um conhecimento racional orientado para a experiência, a essência da idéia ou da coisa em si, da mesma maneira é impossível responder, pela mesma via, à pergunta: em que consiste a justiça.*²⁰

Em *General theory of law and State*, abandonando a comparação kantiana e acolhendo argumentos neopositivistas, afirma que o juízo de valor pelo qual se declara que algo constitui um fim último “é sempre determinado por fatores emotivos”.²¹ Neste sentido, juízo é juízo subjetivo, válido somente para o sujeito que julga, e, por isso, relativo. Dado que não se pode responder se uma norma ou um ordenamento inteiro é justo ou injusto a não ser por meio de um juízo de valor, o problema da justiça não é um problema do qual a ciência possa se ocupar, de modo que a teoria pura do direito, se pretende ser ciência, deve desinteressar-se dele: “Uma teoria pura do direito – uma ciência – não pode responder à pergunta sobre o que é justo e o que é injusto, porque a ela não se pode, de modo algum, responder cientificamente”.²²

Foi inúmeras vezes observado que a construção das ciências sociais avança *pari passu* com a relativização de todos os valores: o relativismo cultural permite estudar a sociedade humana, as várias formas de sociedades humanas, sem preocupações ético-políticas. A *condicio sine qua non* para estudar cientificamente as sociedades humanas seria uma certa indiferença quanto ao valor a atribuir a esta ou àquela forma social, a esta ou àquela postura do homem em sociedade. Pois bem, este estado de indiferença é tanto mais acessível quanto mais estivermos dominados pela convicção de que não há valores absolutos, de que uma civilização, uma cultura, um ordenamento jurídico (no caso específico de Kelsen) vale o mesmo que um

²⁰ *RRL* I, § 8.

²¹ *GTLS*, p.7 (tradução italiana, p.7).

²² *GTLS*, p.6 (tradução italiana, p.6).

outro. Por mais que não seja aceito por todos que exista um vínculo necessário entre teoria positivista do direito e relativismo ético, é certo que no pensamento de Kelsen esse vínculo existe:

A exigência, que avançou sob o pressuposto de uma doutrina relativista dos valores, de separar o direito da moral, e, conseqüentemente, o direito da justiça, significa apenas que, ao avaliar um ordenamento jurídico como moral ou imoral, justo ou injusto, expressamos somente a relação do ordenamento jurídico com um dos muitos sistemas morais possíveis (não com "a" moral) e enunciamos um juízo de valor não mais absoluto, e, sim, relativo.²³

Na história do pensamento jurídico, o absolutismo ético é representado pela teoria do direito natural, que pretende deduzir regras de conduta universalmente válidas do estudo objetivo, "científico", da natureza humana. Com base nessa pretensão, o jusnaturalismo sempre atribuiu à teoria do direito a tarefa de distinguir o direito justo do injusto e, portanto, de prescrever qual direito deve ser, em vez de descrever o direito que é. Contudo, dado que essa pretensão – para um relativista como Kelsen – é infundada, o jusnaturalismo terminou por submeter a análise da realidade jurídica a juízos subjetivos e, portanto, por dificultar, quando não diretamente impossibilitar, uma teoria científica do direito. A construção de uma teoria científica do direito está estreitamente ligada, na obra kelseniana, a uma crítica ferrenha, contínua e impiedosa ao jusnaturalismo. Diz-se que, para abrir caminho à ciência jurídica, é necessário libertá-la dos juízos de valor. Uma vez que a manifestação mais importante, e também mais freqüente, de intrusão de juízos de valor é, conforme Kelsen, o modo de se comportar diante do direito que atende pelo nome de jusnaturalismo, é necessário, se desejamos fazer com que a ciência jurídica progrida, tirar definitivamente o jusnaturalismo do caminho.

O modo pelo qual Kelsen critica a pretensão da teoria do direito natural de ser uma teoria científica insere-se no processo, tão

²³ RRL 2, § 12.

característico dessa fase de desenvolvimento das ciências sociais, de “desideologização”. O jusnaturalismo não é uma teoria (científica), mas uma ideologia, ou, em outras palavras, não é uma teoria racional de um campo particular da experiência humana, mas é a racionalização póstuma de uma necessidade fundamental, que é, geralmente, a de conservar o *status quo*. Ao denunciar o jusnaturalismo como ideologia, Kelsen emprega expressões que não podem deixar de nos fazer pensar em Pareto ou em Freud, ainda que, provavelmente, a fonte direta de Kelsen seja o próprio pai da crítica às ideologias, Karl Marx:

*A necessidade de justificar nossos atos emotivos é tão forte que procuramos satisfazê-la ainda que sob o risco do auto-engano. E a justificação racional de um postulado baseado em um julgo subjetivo de valor, isto é, em um desejo, por exemplo, o de que todos os homens sejam livres, ou de que todos os homens sejam tratados igualmente, é um auto-engano ou uma ideologia, o que, afinal, consiste na mesma coisa. Ideologias típicas deste gênero são as afirmações de que um fim último qualquer e, portanto, um regulamento qualquer determinado pelo comportamento humano, deriva da “natureza”, isto é, da natureza das coisas, da razão humana, ou da vontade de Deus. Esta doutrina sustenta que existe um ordenamento das relações humanas distinto do direito positivo, mais alto e absolutamente válido e justo, uma vez que emana da natureza, da razão humana, ou da vontade de Deus.*²⁴

Cabe a Ernst Topitsch, estudioso, não por acaso, de Pareto e de Weber, o mérito de ter chamado a atenção dos estudiosos, para além do restrito círculo dos juristas, para a importância que a crítica às ideologias assume na obra kelseniana.²⁵ A teoria pura do direito é (pretende ser), posto que teoria científica, uma doutrina completamente desideologizada (exatamente como a sociologia de Pareto).

²⁴ *GT/LS*, p.8 (tradução italiana p.8). E ainda: “Um estudo mais aprofundado das fontes revelaria que estas teses, isto é, as teses dos jusnaturalistas sobre o direito natural como fundamento do direito positivo, eram absolutamente irrelevantes para a validade do direito positivo: o caráter da doutrina jusnaturalista em geral e da sua principal corrente era rigorosamente conservador. O direito natural, como afirmado pela teoria, era essencialmente uma ideologia, que servia para sustentar, justificar e tornar absoluto o direito positivo, ou, o que é a mesma coisa, a autoridade do Estado”, p.416 (tradução italiana, p.423).

²⁵ H. Kelsen, *Aussätze zur Ideologiekritik*, com introdução e organização de E. Topitsch, Hermann Luchterhand Verlag, Newled am Rhein, 1964.

Uma das operações a que Kelsen se dedica com enorme satisfação é a de eliminar partes inteiras da dogmática jurídica tradicional, destacando a sua origem ideológica e rebaixando as teorias anteriores a ideologias mascaradas: para Kelsen, assim como para Pareto, todas as teorias que precederam a teoria pura são pseudo-teorias (a expressão é de Pareto, mas também serve bem para Kelsen). Ideológicos são os conceitos de direito subjetivo e de sujeito jurídico, as distinções clássicas entre direitos reais e direitos de obrigação, entre direito privado e direito público, e o dualismo entre direito e Estado. Que o juiz declare, e não crie, o direito não é uma teoria, mas uma ideologia (é a ideologia que quer manter a ilusão da certeza do direito). Da mesma maneira, é uma ideologia, e não uma teoria, a afirmativa de que existem lacunas na lei (é a ideologia que permite ao legislador limitar, com regras *ad hoc*, a liberdade do juiz). Defendendo a concepção do primado do direito internacional sobre o direito estatal, contra a teoria dualista e contra a teoria do primado do direito estatal, Kelsen não hesita em afirmar como conclusão de seu livro-manifesto:

*a dissolução teórica do dogma da soberania, deste instrumento máximo da ideologia imperialista dirigida contra o direito internacional, constitui um dos resultados mais importantes da doutrina pura do direito.*²⁶

3. Nunca será demais insistir no fato de que foi com Kelsen que, pela primeira vez, a teoria do direito orientou-se definitivamente para o estudo do ordenamento jurídico como um todo, considerando como conceito fundamental para uma construção teórica do campo do direito não mais o conceito de norma, mas o de ordenamento, entendido como sistema de normas. Comparemos a teoria de Kelsen com uma das obras mais importantes de teoria geral do direito que a precedeu, *Subjektives Recht und juristische Norm (Diritto soggettivo e norma giuridica)*, 1878), de Augusto Thon. O que falta totalmente na

²⁶ RRL I, § 50, i.

obra de Thon, em meio a tantas análises sutis de algumas partes do sistema jurídico, é a idéia do ordenamento jurídico como sistema. O direito, afirma ele, é um conjunto de imperativos. Que tipo de conjunto? Era precisamente a esta pergunta que a obra de Thon não oferecia nenhuma resposta.

Por volta dos mesmos anos em que Kelsen inicia seu trabalho teórico, a teoria normativa tradicional é abandonada e substituída, sobretudo na França e na Itália, pela teoria da instituição, a qual descobre que não basta ocupar-se das árvores (as normas individuais), é necessário ocupar-se também da floresta (precisamente, as instituições). Mas a floresta que essa teoria descreve, a instituição entendida como sociedade organizada, é estranhamente desprovida de árvores, isto é, de normas.

A empreitada de Kelsen consiste, pelo contrário, não em abandonar o ponto de vista normativo na passagem do estudo das normas individuais para o estudo do ordenamento, mas, sim, em levá-lo às últimas conseqüências, buscando o elemento característico do direito no modo pelo qual as normas, às quais habitualmente damos o nome de normas jurídicas, dispõem-se em e compõem o sistema. Assim, ao lado da nomostática, que é a teoria da norma jurídica, ganha espaço no sistema kelseniano a nomodinâmica, que é a teoria do ordenamento jurídico. Ainda que a primeira talvez seja, por hábitos arraigados, mais conhecida, a segunda é certamente mais importante.

De agora em diante, segundo a nova perspectiva kelseniana, a essência do direito não será buscada nesta ou naquela característica das normas, mas na característica daquele conjunto de normas que formam o ordenamento jurídico. O direito é um ordenamento coativo (*Zwangsordnung*). Daí a inversão do modo tradicional de apresentar o problema da definição do direito: não é ordenamento jurídico aquele que é composto de normas coativas, mas são normas jurídicas aquelas que pertencem a um ordenamento coativo. A teoria do direito só está em condições de solucionar o famoso caso do bandido (do qual parte também Hart) se partir do ordenamento, e não das

normas individuais. Por que não atribuímos o sentido objetivo de norma jurídica à ordem de um bandido acompanhada de uma ameaça de morte? Kelsen responde:

*Tratando-se do ato isolado de um único indivíduo, ele não pode ser qualificado como ato jurídico, e o seu sentido não pode ser considerado como uma norma jurídica, pelo simples fato de que o direito (...) não é uma única norma, mas, sim, um sistema de normas, um ordenamento social, e uma norma particular deve ser considerada norma jurídica apenas na medida em que pertence a tal ordenamento.*²⁷

Parece-me que até agora não se chamou a devida atenção para o fato de que essa orientação, voltada para a representação de um determinado campo de investigação como um sistema, isto é, como um conjunto de elementos em relação de interdependência entre si e com o todo, é uma orientação geral das ciências sociais daqueles anos. Quem desejar buscar a ligação entre o processo de formação da teoria kelseniana do direito e o espírito da época não pode deixar de também incluir no debate a seguinte observação: Kelsen partilhou com alguns dos maiores estudiosos contemporâneos, no âmbito das ciências sociais, a tendência à descoberta do sistema como meta última da pesquisa, entendido o sistema como a totalidade cuja estrutura, uma vez individualizada, permite explicar a composição, o movimento e a mudança de cada uma das partes. É desnecessário recordar que o *Trattato di sociologia generale* de Pareto é uma tentativa ambiciosa e grandiosa, apesar de rude, de representar a sociedade humana como um sistema (em equilíbrio dinâmico). A guinada da lingüística teórica, que remonta ao *Cours de linguistique générale*, de Saussure, consiste na concepção da língua como um sistema. Embora a jurisprudência teórica ainda esteja extremamente atrasada em relação à lingüística teórica, a tendência, nascida com Kelsen, a uma teoria do direito como sistema de normas relacionadas

²⁷ RRL 2, § 6, c.

entre si não pode deixar de trazer sugestões esclarecedoras pelo confronto com a guinada saussuriana na lingüística. Em *Reine Rechtslehre*, Kelsen expressa-se desta maneira:

*O posicionamento da doutrina pura do direito é (...) em tudo objetivista e universalista. Ela está voltada fundamentalmente para a totalidade do direito e busca compreender cada fenômeno individual somente em seu nexos sistemático com todos os outros, busca compreender em cada parte do direito a função da totalidade do direito. Neste sentido, ela é uma concepção verdadeiramente orgânica do direito.*²⁸

Nesta passagem, não parece que Kelsen já tenha claro em sua mente o nexos entre concepção sistemática do direito e teoria dinâmica do ordenamento jurídico. A totalidade do direito da qual fala, aparece mais como uma totalidade funcional (definida, pois, por sua função) do que como uma totalidade estrutural (a ser definida, pois, por sua estrutura específica). Contudo, já escrevia Adolf Merkl, muitos anos antes, a propósito da teoria dinâmica do ordenamento jurídico kelseniano, da qual ele mesmo faria a primeira exposição:

*A teoria do ordenamento jurídico em graus, como Kelsen já estabeleceu, é a primeira aplicação consciente do modo sistemático de pensar o mundo dos fenômenos jurídicos, que até agora permaneceu quase alheio aos juristas.*²⁹

Somente em *General theory of law and State*, Kelsen apresenta a própria teoria, com extrema clareza, como uma teoria sistemática do direito, referindo-se expressamente à estrutura interna específica do sistema jurídico-normativo:

O direito é um ordenamento do comportamento humano. Um ordenamento é um sistema de regras. O direito não é uma regra, como por vezes se afirma. Ele é um conjunto de regras que possui aquele tipo de unidade

²⁸ RRL I, § 26. Cfr., também, RRI. 2 § 33, g.

²⁹ A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Franz Deuticke, Lipsia e Viena, 1923, p.223.

*que concebemos como um sistema. É impossível apreender a natureza do direito limitando a nossa atenção à regra singular isoladamente. As relações que ligam as normas particulares de um ordenamento jurídico entre si são, no entanto, essenciais à natureza do direito. Somente com base em uma clara compreensão destas relações que constituem o ordenamento jurídico é possível entender plenamente a natureza do direito.*³⁰

Nunca foi dado o devido destaque à novidade deste uso de “sistema” na teoria do direito. Na linguagem dos juristas, há um significado tradicional para essa palavra, segundo o qual “sistema” não significa nada mais que o conjunto das divisões da matéria jurídica para uso didático, mais do que científico (o chamado sistema externo).³¹ Quanto ao sistema interno, a única concepção do ordenamento como sistema que surgiu entre os juristas do século passado foi a de ordenamento jurídico como sistema funcional. Com Kelsen, ou seja, com a teoria dinâmica do ordenamento jurídico, aparece, pela primeira vez na teoria do direito, a representação do ordenamento jurídico como um sistema que possui uma certa estrutura e que é caracterizado precisamente por possuir esta, e não aquela estrutura. O termo “estrutura” é usado pelo próprio Kelsen em algumas passagens cruciais da sua teoria: “Como ciência” – a doutrina pura do direito – “considera-se obrigada apenas a compreender o direito positivo na sua essência e a entendê-lo mediante uma análise da sua estrutura (*Struktur*)”.³² E, mais adiante, a análise estrutural é claramente colocada em contraposição à análise funcional do direito:

Esta doutrina [a doutrina pura do direito] não considera, de fato, o objetivo que é perseguido e alcançado por meio do ordenamento jurídico, mas considera apenas o ordenamento jurídico mesmo; e considera

³⁰ GTLS, p.3 (tradução italiana, p.3).

³¹ Sobre as várias noções de sistema jurídico, cfr. G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, Giappichelli, Turim, 1965, especialmente o cap. I; para uma história da idéia de sistema, com particular atenção à ciência jurídica e ao direito, cfr. M. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I, Giappichelli, Turim, 1968. Também desenvolvi algumas considerações sobre o tema no ensaio *Per un lessico di teoria generale del diritto*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Pádua, 1975, p.135-46.

³² RRL, I, § 9.

*este ordenamento na autonomia própria do seu conteúdo de sentido (Sinngeshalt), e não relativamente a este seu objetivo.*³³

Foi corretamente observado que “não basta simplesmente fazer uso do termo ‘estrutura’ para nos tornarmos estruturalistas”.³⁴ contudo, é inegável que a tendência de Kelsen a considerar o direito como um universo estruturado responde à mesma exigência da qual partiram as pesquisas estruturais em lingüística e antropologia.

Kelsen dedica-se a refletir sobre qual é a estrutura específica do sistema jurídico em relação a outros sistemas normativos, sobretudo quando enfrenta diretamente, em um ensaio de 1928, o clássico problema da relação entre direito natural e direito positivo. Para distinguir o sistema do direito natural do sistema do direito positivo, Kelsen introduz a distinção entre sistema normativo estático, cujas regras estão interligadas pelo conteúdo, e sistema normativo dinâmico, cujas regras estão interligadas pelo modo como são produzidas. O ordenamento jurídico é um sistema dinâmico.³⁵

Em um sistema estático, diz-se que uma norma pertence ao sistema quando é dedutível do conteúdo do postulado ético que está em sua base; em um sistema dinâmico, diz-se que uma norma pertence ao sistema quando é produzida de acordo com o modo previsto na norma que institui o poder soberano (a chamada norma fundamental). Não obstante as críticas assinaladas, e não obstante os acréscimos e aperfeiçoamentos que sofreu e que ainda podem ter lugar,³⁶

³³ RRL I, § 14, c. R. TRUES traduz *Sinngeshalt* por “*struttura*” (estrutura) (tradução italiana, ed. 1952, p. 48). O tradutor italiano da segunda edição, M. LOSANO, traduz a típica expressão kelseniana *Stufenbau* (construção a *gradù*) [construção em graus] por “*struttura gerarchica*” [estrutura hierárquica], acrescentando alguns trechos nos quais o próprio Kelsen usa o termo *Struktur* com referência exatamente à construção em graus [a *gradù*] do ordenamento jurídico (*La dottrina pura del diritto*, cit., p.XCIX). [N.A.]

Ver N.T. no capítulo “Em direção a uma teoria funcionalista do direito”.

³⁴ M. LOSANO, *op. cit.*, p.XCIX.

³⁵ H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1929), que cito da tradução italiana no apêndice à GTLS, p.407 [“A doutrina do direito natural e o positivismo jurídico”], in *Teoria geral do direito e do Estado*, trad. port. Luís Carlos Borges, 3. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000]. Cf. também RRL 2, § 34, b.

³⁶ Além do artigo de R. Walter, já cit., cfr. B. AZIN, *Analysis of State and law structure*, in *Law, State and international legal order. essays in honor of Hans Kelsen*, edited by E. Engel and R. A. Metall, The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964, p.2-20.

é certo que a teoria dinâmica do ordenamento jurídico constitui o ponto de partida, ou, se quisermos, a etapa obrigatória, de uma análise estrutural do direito. Talvez seja surpreendente que uma distinção tão fundamental e merecedora de mais amplos desenvolvimentos, como é a distinção entre sistema normativo estático e sistema normativo dinâmico, tenha sido tão pouco recebida e utilizada.³⁷

Já foi observado que a construção do ordenamento jurídico como edifício constituído de muitos planos, um sistema hierarquizado de muitos níveis normativos, nasce da observação da natureza complexa da organização do Estado constitucional moderno, em particular da reflexão, aberta depois da Primeira Guerra Mundial, sobre o valor ético-político das constituições rígidas, nas quais a distinção entre leis ordinárias e constitucionais, com a conseqüente subordinação hierárquica das primeiras às segundas, introduz um grau a mais no sistema jurídico e torna imediatamente mais visível a forma piramidal do ordenamento. No fim da guerra, Kelsen fora chamado pelo chanceler do governo provisório austríaco, Karl Renner, para colaborar na redação definitiva da constituição da nova república, que foi aprovada em 1º de outubro de 1920. Como se sabe, deve-se à sua contribuição pessoal a inovação historicamente mais significativa daquela constituição, isto é, a instituição de uma corte suprema chamada para controlar a legitimidade das leis ordinárias. Como relata o seu biógrafo, Rudolf Metall, Kelsen tinha especial orgulho dessa inovação, porque

*na efetivação do princípio da conformidade da legislação à constituição e do princípio da legitimidade do poder executivo (jurisdição e administração), ele via a mais eficaz garantia da constituição e o traço característico da constituição federal austríaca.*³⁸

³⁷ Não creio que acolham e aprofundem esse aspecto do problema do ordenamento jurídico os dois livros recentes sobre o tema, por meio de outras vertentes importantes e merecedoras da máxima consideração: J. RAZ, *The concept of a legal system*, Clarendon Press, Oxford, 1970; e C. E. ALCHOURRON e E. BULGACIN, *Normative systems*, Springer, Viena, 1971.

³⁸ R. A. METALL, *Hans Kelsen*, cit., p.36.

De qualquer maneira, é certo que a instituição de leis constitucionais hierarquicamente superiores às leis ordinárias, isto é, àquelas normas do sistema que eram tradicionalmente consideradas as normas últimas, permitia, ao introduzir um grau ulterior no sistema normativo, ver também os demais graus com maior nitidez do que ocorrera até então. Não por acaso, Hart, um teórico do direito que constrói a sua teoria com base na constituição inglesa, à qual falta o grau superior das normas constitucionais, detem-se na distinção entre normas primárias e secundárias e reflete, sem aprofundá-lo, sobre o princípio da estrutura hierárquica do ordenamento (desse ponto de vista, a teoria de Hart constitui um passo atrás em relação à teoria de Kelsen). Com maior razão, a teoria dinâmica do ordenamento jurídico dificilmente poderia ter nascido da reflexão sobre a constituição de um Estado absoluto ou de uma sociedade primitiva. Contudo, isso não impede que a representação do ordenamento jurídico como sistema hierárquico com muitos graus sirva para compreender melhor também os ordenamentos mais simples, isto é, para entender que também estes têm uma estrutura e constituem um sistema, não sendo, pois, um amontoado de normas. (A anatomia do homem, diria Marx, serve para compreender melhor a anatomia do macaco).

O que, pelo contrário, até agora não foi observado – ao menos não que eu saiba – é que a teoria kelseniana sobre a estrutura interna de um sistema jurídico pode ser proveitosamente comparada com a contemporânea teoria weberiana do processo de racionalização (formal) do poder estatal, da qual deriva aquele tipo de Estado administrativo ou burocrático cuja legitimidade é dada pela forma de poder que Weber, com razão, chama de “legal”, em virtude do nexo que ele estabelece entre racionalização e legalização. A construção em graus do ordenamento jurídico bem pode ser considerada a representação mais adequada daquele Estado racional e legal – racional porque regulado pelo direito em todos os níveis – cuja formação constitui, segundo Weber, a tendência do grande Estado moderno (capitalista

e não capitalista). Uma vez mais, isso não significa que Kelsen, não obstante a sua pretensão de elaborar uma teoria geral do direito válida para todos os sistemas jurídicos de todos os tempos, na realidade teorize uma forma histórica de Estado. Significa que uma teorização acabada do sistema jurídico como sistema normativo complexo não poderia nascer senão de uma contínua reflexão sobre a formação do Estado moderno, no qual a racionalização dos processos de produção jurídica torna mais evidente a estrutura piramidal do ordenamento, ou seja, permite perceber com maior perspicácia que aquele ordenamento normativo a que damos o nome de ordenamento jurídico é um universo estruturado de um certo modo.

O que aqui importa destacar é que, quando Kelsen descreve a progressiva juridificação do Estado moderno, capaz de levar à famosa ou famigerada redução do Estado a ordenamento jurídico, revela o mesmo processo que Weber percebe na formação do poder legal, que acompanha o desenvolvimento do Estado no mesmo período histórico. O Estado é o próprio ordenamento jurídico (Kelsen), porque o poder é completamente legalizado (Weber). O que distingue o Estado como ordenamento jurídico de outros ordenamentos jurídicos, como os ordenamentos das sociedades pré-estatais ou o ordenamento internacional, é um certo grau de organização, ou seja, a existência de órgãos "que trabalham segundo as regras da divisão do trabalho para a produção e aplicação das normas de que ele é constituído".³⁹

Quando Kelsen especifica que a presença dessa organização para a produção e aplicação do direito comporta a consequência de que a relação definida como poder estatal diferencia-se das demais relações de poder pelo fato de ser ela mesma regulada por normas jurídicas, parece descrever aquela forma de poder legítimo que é, precisamente, o poder legal, cuja principal característica é ter aparatos especializados, como o aparato judiciário e o administrativo (Kelsen

³⁹ RRL 2, § 41. a.

ainda acrescentaria o aparato legislativo), os quais agem nos limites de regras gerais e abstratas postas pelo sistema.

Não há dúvida de que a descrição kelseniana encontra-se em um nível superior de abstração em relação à weberiana, mas Kelsen propõe-se a elaborar uma teoria geral do Estado, enquanto Weber descreve um tipo ideal de Estado, que não é o único tipo historicamente existente. Não diferente de Weber, Kelsen se dá conta da enorme importância dos grandes aparatos administrativos para a formação do Estado moderno. Contudo, enquanto Weber identifica a burocratização da maioria das atividades do Estado como a especificidade do poder legal, Kelsen distingue nela uma fase daquele processo de progressiva centralização das atividades de produção e aplicação do direito, na qual acredita consistir a característica do ordenamento jurídico estatal (processo que ele denomina de passagem do *Gerichtsstaat* para o *Verwaltungsstaat*).⁴⁰ Pode-se também acrescentar que, para além dessa convergência entre a concepção teórica de Kelsen e a descrição weberiana do processo a que tende o Estado moderno, era claro para ambos que o ponto de vista do jurista é diferente do ponto de vista do sociólogo. O que Weber diz sobre o direito, como sociólogo, ou seja, que um ordenamento jurídico passa a existir quando se forma, em um determinado grupo social, um aparato coercitivo, pode ser literalmente subscrito por Kelsen. No entanto, Weber poderia subscrever a tese kelseniana segundo a qual, para entender o que é o direito, é necessário observar não as regras, mas o seu conjunto, isto é, o ordenamento como um todo.⁴¹

4. O significado histórico da obra kelseniana está ligado à análise estrutural do direito como ordenamento normativo especí-

⁴⁰ RRL 1, § 48, c, e RRL 2, § 41, b.

⁴¹ Uma referência a Kelsen, mas apenas em relação ao *Wertrelativismus*, encontra-se no ensaio sobre o pensamento jurídico weberiano de K. ENGIST, *Max Weber als Rechtsphilosoph und Rechtssoziologie*, in *Max Weber. Gedächtnisschrift der Ludwig-Maximilians-Universität München zum 100. Wiederkehr seines Geburtstages 1964*, Duncker & Humblot, Berlin. 1966, p.67-88.

fico, cuja especificidade consiste, precisamente, não nos conteúdos normativos, mas no modo pelo qual as normas estão unidas umas às outras no sistema. Esse tipo de análise constitui, também, o limite da teoria pura do direito. Está claro que o desenvolvimento da análise estrutural ocorreu em prejuízo da análise funcional: em comparação com o destaque dado por Kelsen aos problemas estruturais do direito, é extremamente restrito o espaço que ele reservou aos problemas relativos à função do direito. É significativo que precisamente o trecho já citado, no qual afirma que a teoria pura estuda o direito na sua estrutura, pertença a um contexto cujo objetivo é negar que essa teoria deva ocupar-se dos fins do ordenamento jurídico.

A razão pela qual Kelsen não se preocupou com o fim do ordenamento jurídico está no fato de ele ter do direito, entendido como forma de controle social, uma concepção meramente instrumental, que, é necessário repetir, está perfeitamente de acordo com o relativismo ético e o irracionalismo dos valores. Uma das afirmações recorrentes em toda a obra kelseniana é que o direito não é um fim, mas um meio. Como meio, pode ser usado para atingir os mais diversos fins, como ensina a história do direito. Entretanto, exatamente porque serve para atingir os mais diversos fins, uma análise que parta dos fins, ou, pior, do fim (como a dos jusnaturalistas), jamais permitirá que se apreenda a essência do direito. Para Kelsen, o direito é uma “técnica de organização social”: a sua especificidade consiste no uso dos meios coercitivos para induzir os membros de um grupo social a fazer ou a não fazer algo. O direito é um “mecanismo coativo”. O que é comum a todos os ordenamentos sociais que denominamos de jurídicos é a presença de uma organização mais ou menos centralizada para obter, recorrendo, em última instância, à força, a execução de certas obrigações de fazer ou a observância de certas obrigações de não fazer. Desse ponto de vista, entende-se por que o direito pode ter os mais diversos objetivos: de acordo com as circunstâncias, possui todos os objetivos a que um grupo social atribui tanta importância a ponto de considerar que devam ser alcançados recorrendo até

mesmo à força. Para usar a terminologia dos sociólogos, que, aliás, Kelsen não emprega, o direito é uma das possíveis formas de controle social, mais especificamente, é a forma de controle que se vale do uso da força organizada. Considerado o direito como meio, e não como fim, e definido como específica técnica social, a análise funcional do direito logo se exauriu. A função do direito é permitir a consecução daqueles fins sociais que não podem ser alcançados por outras formas (mais brandas, menos constritivas) de controle social. Quais são esses fins varia de uma sociedade para outra: é um problema histórico, não um problema que possa interessar à teoria do direito.

O problema funcional não é de todo evitado. Todavia, nada mostra mais o quanto Kelsen desejava evitar comprometer-se demais com o problema do fim do direito do que a correção, “não leve”,⁴² feita na segunda edição de *Reine Rechtslehre*, nos dois parágrafos da *General theory of law and State*, em que deixara escapar a afirmação de que o direito tem, sim, um objetivo, o qual é a paz social: “o direito” – afirmara ele – “é indubitavelmente um ordenamento para a promoção da paz”.⁴³ Uma frase desse tipo dá margem a uma discussão teleológica: de fato, como organização da força monopolizada, o direito limita o uso indiscriminado da força; definindo-se a paz “como a condição em que a força não é usada”, deve-se concluir que o direito “assegura a paz da comunidade”.⁴⁴ A correção “não leve” que ele introduz nesse trecho da última obra consiste em refutar a paz como fim do direito e em colocar em seu lugar um conceito bem mais genérico e menos comprometedor, como é o de “segurança coletiva”, manifestamente derivado do direito internacional: como organização da força monopolizada, o direito asseguraria não tanto a paz quanto a segurança coletiva, que não é, ela mesma, a paz, mas “visa à paz”.⁴⁵ Neste sentido, pareceria que a paz não seria o fim do direito, mas

⁴² *RRL* 2, p.40 (tradução italiana, p.51).

⁴³ *GTLS*, p.21 (tradução italiana, p.21).

⁴⁴ *GTLS*, p.21 (tradução italiana, p.21).

⁴⁵ *RRL* 2, p.39 (tradução italiana, p.50).

uma espécie de ideal-limite a que o direito tende. Logo em seguida, com efeito, Kelsen apressa-se em especificar que, nos ordenamentos jurídicos primitivos, fundados no princípio da autotutela (e o direito internacional é um deles), “não se pode falar seriamente de uma pacificação, ainda que apenas relativa, da comunidade jurídica”.⁴⁶ Daí a conclusão: “Não se pode com razão considerar que o estado de direito seja, necessariamente, um estado de paz e que assegurar a paz seja uma função essencial do direito”.⁴⁷ Ou seja, o direito tem um fim, mas é um fim mínimo, intermediário, um fim que tem valor instrumental, porque serve de condição preliminar para atingir outros fins. O direito não tem um fim último (como a justiça, o bem comum, o interesse coletivo). O seu fim não é sequer o fim hobbesiano da paz, que já é manifestamente um fim intermediário. No retrocesso da busca desse fim mínimo, da paz à segurança coletiva, Kelsen revela, em suma, a caçada impiedosa que empreende contra qualquer tentativa de determinar, para empregar expressão de Jhering, a “finalidade do direito”.

Kelsen se dá conta perfeitamente de que, do ponto de vista da análise funcional, as suas afirmativas nada fazem além de reproduzir, mesmo que de maneira ainda mais drástica e ideologicamente sempre mais esterilizada, um dos fundamentos do positivismo jurídico. Introduzindo o debate sobre a coação, na primeira edição de *Reine Rechtslehre*, tem o cuidado de advertir que “neste ponto, a doutrina pura do direito continua a tradição da teoria positivista do direito do século XIX”.⁴⁸ Sob este aspecto, que é precisamente o aspecto funcional, parece não ter nada de particularmente importante a dizer. Os problemas aos quais o positivismo jurídico não respondera eram aqueles relativos à estrutura desse mecanismo coativo em que consiste o direito. Por isso, posto de lado o problema da função, volta sua atenção essencialmente para a análise estrutural. Mas isto faz

⁴⁶ RRL 2, p.39 (tradução italiana, p.50).

⁴⁷ RRL 2, p.40 (tradução italiana, p.51).

⁴⁸ RRL 1, § 12.

com que, enquanto nesta análise a sua contribuição é fundamental e não mais contestada – a não ser por jusnaturalistas tardios (que, aliás, estão desaparecendo), os juristas soviéticos, devido a preconceitos ideológicos difíceis de morrer, e alguns dentre os mais radicais realistas norte-americanos, devido a uma espécie de fobia contra qualquer tipo de teoria geral –, a análise funcional permanece, na teoria kelseniana, mais ou menos estancada no ponto em que ele a encontrara, exatamente no momento em que, com rapidez, a sociedade se transformava nos países industrialmente mais desenvolvidos (transformação que faria aparecer uma diferente função do direito, a qual os juristas do século passado sequer puderam prever). Não se pode, por certo, censurar Kelsen por não ter percebido um processo em curso, que, de resto, foi pouco observado inclusive por aqueles que vieram depois dele. Contudo, se tivéssemos de fazer um balanço, seria inevitável constatar o quanto a velha teoria do direito como ordenamento coativo, acolhida *in toto* pelo fundador da teoria pura do direito, é hoje inadequada.

Como tive a oportunidade de afirmar alhures, Kelsen nunca teve dúvidas de que a técnica de controle social própria do direito consistisse na ameaça e na aplicação de sanções negativas, isto é, das sanções que infligem um mal àqueles que praticaram ações socialmente indesejáveis. Todas as vezes que repete a sua definição do direito como ordenamento coativo, tem o cuidado de especificar que o direito é tal porque está em condições de provocar o mal, ainda que sob a forma de privação de bens ao violador das normas. Ordenamento coativo e ordenamento baseado em sanções negativas são, na sua linguagem, sinônimos. Hoje, no entanto, a constatação de que a função do direito deixou de ser exclusivamente protetivo-repressiva, desde que o Estado deixou de ser indiferente ao desenvolvimento econômico, impõe-se cada vez mais ao observador sem pré-conceitos. O instrumento jurídico clássico do desenvolvimento econômico, em uma sociedade na qual o Estado não intervém no processo econômico, foi o negócio jurídico, a que o direito, precisamente como

ordenamento coativo, limita-se a garantir a eficácia. Mas a partir do momento em que o Estado assume a tarefa não apenas de controlar o desenvolvimento econômico, mas também de dirigi-lo, o instrumento idôneo para essa função não é mais a norma reforçada por uma sanção negativa contra aqueles que a transgridem, mas a diretiva econômica, que, freqüentemente, é reforçada por uma sanção positiva em favor daqueles que a ela se conformam, como ocorre, por exemplo, nas denominadas leis de incentivo, que começam a ser estudadas com atenção pelos juristas. Daí a função do direito não ser mais apenas protetivo-repressiva, mas também, e com freqüência cada vez maior, promocional. Nos dias de hoje, uma análise funcional do direito que queira levar em consideração as mudanças ocorridas naquela “específica técnica de organização social” que é o direito não pode deixar de integrar a sua função promocional ao estudo da sua tradicional função protetivo-repressiva. A meu ver, essa integração é necessária se o que se deseja é elaborar um modelo teórico representativo do direito como sistema coativo. Trata-se de passar da concepção do direito como forma de controle social para a concepção do direito como forma de controle e *direção* social.

Isso posto, é preciso acrescentar, ainda, que as mudanças ocorridas na função do direito não anulam a validade da análise estrutural tal como foi elaborada por Kelsen. O que ele disse acerca da estrutura do ordenamento jurídico permanece perfeitamente de pé, mesmo depois dos desenvolvimentos mais recentes da análise funcional. A construção do direito como sistema normativo dinâmico não é minimamente abalada pelas revelações que dizem respeito ao fim do direito. Para ela, uma norma é jurídica sempre que tenha sido produzida nas formas previstas, isto é, em conformidade com outras normas do ordenamento, em particular aquelas que regulam a produção das normas do sistema. Que uma norma vise reprimir ou promover um determinado comportamento não tem, em relação à estrutura do ordenamento, qualquer relevância. Aliás, a especificidade do ordenamento jurídico em relação a outros ordenamentos sociais continua,

uma vez mais, confiada à especificidade da sua estrutura, e não à sua função, que, qualquer que seja, realiza-se na forma que é própria a um ordenamento dinâmico. A guinada que a teoria pura do direito representou para o desenvolvimento da jurisprudência teórica é, em suma, uma daquelas guinadas para além das quais é possível avançar, mas não é lícito retroceder. Prova disto é que a maior obra de jurisprudência teórica depois de Kelsen, a de Hart, prosseguiu no mesmo caminho, buscando na estrutura específica do ordenamento jurídico, caracterizada pela “união de normas primárias e de normas secundárias”, a determinação do “conceito do direito”.

10 TULLIO ASCARELLI

SUMÁRIO – 1. Reflexões introdutórias e conclusivas sobre a última obra – 2. O interesse predominante pelo problema da interpretação e da comparação jurídica nos primeiros escritos menores – 3. A participação na luta antifascista por meio da colaboração nas revistas “Studi politici” e “Quarto stato” – 4. Breve resenha dos escritos jurídicos entre os anos de 1926 e 1946 – 5. Os escritos de teoria geral depois de 1946 e a crítica ao positivismo jurídico – 6. Crítica à tradicional teoria das fontes, em uma visão antiformalista das relações entre direito e sociedade, entre direito e economia – 7. O problema da interpretação – 8. Em particular, crítica ao logicismo e aproximação da escola da “nouvelle rhétorique”, de Perelman – 9. Ação política e interesses culturais após o retorno do exílio até a sua morte – 10. Juízo abrangente sobre a obra e a personalidade de Tullio Ascarelli.

1. O último escrito de Tullio Ascarelli antes de sua morte, ocorreu prematuramente em 20 de novembro de 1959, foi a ampla introdução a uma edição de textos raros de Hobbes e de Leibniz.¹ O livro foi publicado postumamente, com organização e notas de Giorgio Bernini e Domenico Maffei, e apresentação do discípulo Michele Gianotta. Era o primeiro volume de uma coleção de “Testi per la storia del pensiero giuridico”, que, idealizada há tempos, fora objeto de reflexões e revisões constantes nos últimos anos.

Nosso interesse comum pelo pensamento jurídico de Hobbes e, sobretudo, pelo *Dialogo sul diritto comune*, a cuja publicação nos aplicávamos contemporaneamente sem que um soubesse do outro, deu ori-

¹ TH. HOBBS, *A Dialogue between a philosopher and a student of the Common Law of England* [*Diálogo entre um filósofo e um jurista*, 2. ed., trad. port. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2004], G. W. LEIBNIZ, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum. De casibus perplexis. Doctrina conditionum. De legum interpretatione*, com um estudo introdutório de T. ASCARELLI, Giuffrè, Milão, 1960. Cfr. a resenha de F. BRUNETTI, in “Belfagor”, XVI, 1962, p.252-5.

gem a uma troca epistolar que ocorreu nos primeiros meses de 1959. A idéia da coleção, que ele concebera como instrumento de ruptura e abertura para a doutrina jurídica, geralmente desinteressada pela própria história, e como meio para uma difusão renovada das idéias que lhe eram mais caras sobre a natureza e a função da ciência jurídica, era evidente naquelas cartas. Em 10 de fevereiro, escrevia-me: “... eu estou bastante convencido da necessidade de uma abertura de janelas culturais no mundo do direito”. Em seguida, esboçava quase que um programa de trabalho:

... com tantos estudos sobre o 'mos gallicus', ninguém destacou a relação com a posição dos cultos de Hotman, etc., com Ockham e com o nominalismo; ao estudar a interpretação do século XVI e, depois, Ramus, esqueceu-se que a 'Nova Methodus', de Leibniz, é entendida em contraste com Ramus; com tudo aquilo que Domat representa para a codificação napoleônica e para a nossa, não foi destacado o quanto (...) o seu liame com o mundo de Port Royal pôde influir em suas teses.

Logo depois, com um salto em direção aos princípios, dos quais se posicionara nos últimos anos como assertor, defensor e divulgador, desvelava o fundo de seu pensamento, a intenção real que o movia na empreitada:

... os juristas imaginam trabalhar em um plano meramente técnico, apartados do trabalho do legislador e do desenvolvimento da história e, por sua vez, são assim considerados. Deste modo, a atividade do jurista torna-se sempre um pouco uma arte de rúbulas, enquanto que, talvez, as várias correntes de pensamento e as várias ideologias operem, afinal, precisamente por meio de todos os esquemas de trabalho do jurista.

Quem tiver alguma familiaridade com as obras de Ascarelli encontrará, nessas poucas frases, alguns traços essenciais e originais da sua personalidade de estudioso – indocilidade para com as idéias herdadas, amor pela aventura intelectual, necessidade de movimentar-se em espaços cada vez mais amplos – e do seu pensamento –, historicismo e realismo conjugados, que confluem na concepção da indistinção entre direito e ciência jurídica.

Como último escrito, a longa introdução aos textos de Hobbes e de Leibniz assume um significado singularíssimo na evolução de um pensamento que se movera, ininterruptamente, em uma única direção. Depois de tantas alusões, referências e transbordamentos em direção à história do pensamento jurídico, e depois de tantas polêmicas, quase sempre ocasionais, com as correntes do pensamento jurídico contemporâneo, nos escritos dos últimos dez anos, Ascarelli enfrentava, nessa introdução, pela primeira vez diretamente, um tema a um só tempo histórico e filosófico. Tal introdução constituiu, certamente, o ponto de chegada de um longo e penoso trabalho e, simultaneamente, uma prova de fogo. Se a sua vida não tivesse sido interrompida de modo tão prematuro, teria sido, provavelmente, também um ponto de partida.

O fio condutor a ligar todas as suas obras, das obras de juventude às da maturidade – fio cada vez mais forte, tenso e visível nos escritos da última década –, era a idéia da natureza criadora, e não apenas reprodutora; axiológica, e não apenas lógica; inovadora, e não apenas declarativa, do trabalho dos juristas. E, no entanto, não obstante o papel de protagonistas que eles assumiram na secular elaboração do patrimônio de regras jurídicas de que a sociedade moderna hoje dispõe para solucionar os infinitos problemas de convivência e de organização que uma economia cada vez mais complexa e trânsitos cada vez mais intensos suscitam, os juristas tendem, por longa e consolidada tradição, a considerar o seu trabalho como um monumento de rigor lógico e de construção sistemática.

Nunca é demais recordar o grande Savigny, que admirava os juristas romanos porque “calculavam” com os seus conceitos. Para Ascarelli, a observação da perene diferença entre aquilo que os juristas efetivamente fazem e aquilo que, com frequência, acreditam ou pretendem ou dizem fazer, foi motivo de surpresa e oportunidade para contínuas reflexões. Tão logo se descobria o terreno real em que se movimentava o pensamento jurídico de todas as épocas, e uma nova onda de presunção metodológica o encobria. As últimas inves-

tidas de Ascarelli voltaram-se contra o neopositivismo, que buscava colocar uma nova ramagem na velha e já devastada árvore do logicismo jurídico. Para tanto, uma das tarefas fundamentais da história do pensamento jurídico deveria ser dar conta das razões da divergência entre o método efetivamente praticado e a metodologia proposta e proclamada. Ascarelli, como bom historiador, sabia que as metodologias não nascem de repente no cérebro de um pensador, pois são o produto de situações históricas concretas; em particular, em se tratando de teorias sobre o método da ciência jurídica, são o produto das condições de desenvolvimento de uma determinada sociedade, com os seus conflitos de interesse e com as concepções gerais sobre a função do direito que deles derivam. Por isso, com o objetivo de ver com clareza aquela divergência, era necessário inserir a eterna aspiração do jurista para fazer da sua arte uma ciência, uma perfeita ciência exata, no contexto histórico em que a jurisprudência trabalha, individualizar os vínculos entre a ideologia da jurisprudência como ciência e a realidade histórica da qual deriva; em suma, aproximar-se do estudo da história da jurisprudência – empresa fascinante e ilimitada – com o olhar voltado para a sua função real, e não para aquela proclamada segundo as circunstâncias.

A publicação de alguns textos escolhidos de Hobbes e de Leibniz visava precisamente a esse objetivo. Pode parecer estranho o conúbio entre dois pensadores habitualmente considerados em margens opostas, no que concerne à fundação última do direito; um, voluntarista, o outro, racionalista ou, se desejarmos, jusnaturalista, no sentido mais rigoroso da palavra, inimigo declarado dos voluntaristas e, em especial, de Hobbes. Contudo, no programa de pesquisas e na intenção polêmica de Ascarelli, eles estavam estreitamente unidos pela comum concepção da interpretação jurídica como trabalho não inovador, mas, sim, declarativo. Podiam, portanto, ser considerados como progenitores autorizados da concepção "dogmática" da jurisprudência, que representara uma parte tão conspícua na história do pensamento jurídico do século passado, como artífices responsáveis

por um dos dogmas fundamentais do positivismo jurídico. Mesmo que a expressão "positivismo jurídico" não seja habitual na linguagem de Ascarelli para indicar aquela teoria e aquela ideologia do direito das quais a concepção declarativa da interpretação foi uma das maiores bases, acredito ser possível inserir essa proposta ascarelliana, de reler Hobbes e Leibniz em uma mesma chave, entre os testemunhos de um recente e difuso interesse pelas fontes do positivismo jurídico. Somente essa colocação, de resto, pode oferecer o ângulo correto para julgar uma obra que foi a última mensagem de um autor extremamente sensível ao individualizar os pontos nevralgicos de um processo histórico, trabalho que deveria ter sido o início de uma reelaboração, ao mesmo tempo pontual e global, de uma linha de raciocínio que chegara ao momento de seu balanço resolutivo.

Ascarelli sabia muito bem que Leibniz era, em princípio, anti-hobbesiano, mas lhe importava demonstrar que a teoria da interpretação, que o aproximava de Hobbes, deveria ter (e tinha) uma única raiz, qual seja, a exigência da certeza elevada a supremo valor da experiência jurídica. E assim alcançava também um outro objetivo: fazer ver que, por detrás da teoria mais abstrata e aparentemente inócua, escondia-se uma ideologia, sendo tarefa do historiador desvelá-la. Todavia, não obstante a identidade da inspiração, as teorias de Hobbes e de Leibniz não podiam ser confundidas uma com a outra. A medalha que eles queriam cunhar era a mesma, mas cada qual reproduzira apenas uma face dela. Para além das metáforas, os seus esforços sistemáticos correspondiam a dois momentos distintos do ideal da certeza: os esforços de Hobbes dirigiam-se ao momento da posição de um ordenamento e os de Leibniz, ao momento da aplicação de um ordenamento já posto (que era, para ele, desde sempre, o direito romano). Nas palavras do próprio Ascarelli: "A certeza de Hobbes é a certeza de uma solução e a segurança de uma convivência; a de Leibniz, a certeza de uma argumentação".² O destaque dado a essa

² T. ASCARELLI, cit. *Introdução*, p.7.

distinção pode explicar porque Ascarelli assume diante dos dois autores, ainda que de forma não de todo explícita, duas posturas diferentes, de simpatia e, em parte, de adesão em relação a Hobbes; de crítica ou, pelo menos, de frio distanciamento, diante de Leibniz. No que concerne a este último, jamais se cansa de repetir que atribuir ao jurista uma tarefa meramente declarativa, lógica e, no máximo, sistemática é prova do espírito conservador, é a manifestação de uma concepção passiva, servil da jurisprudência, de uma visão estática da formação do direito, que os juristas e os príncipes romanos elaboraram para sempre, de modo tal que não restaria outra coisa a fazer senão continuar sua obra com um renovado espírito de rígida fidelidade. De Hobbes, ao contrário, é um fervoroso admirador: uma curiosa nota autobiográfica sugere, para essa sua admiração, uma explicação psicológica. Citando o livro sobre Hobbes, de Leo Strauss, observa:

*Parece que aqueles que percorreram os caminhos do exílio (...) sofrem de uma atração por Hobbes, talvez pela coragem da sua rigidez e, ao mesmo tempo, pela qualidade ética que esta sua rigidez acaba por reintroduzir.*³

A julgar pelo renascimento hobbesiano nesses últimos anos, depois da derrocada de tantos Leviatãs, da defesa de seu pensamento político feita por autores não decerto suspeitos de indulgência para com o despotismo, a posição de Ascarelli não é, em absoluto, excepcional: o perene fascínio por Hobbes deriva do realismo sem ilusão dos seus princípios unido ao seco rigor dos seus raciocínios. Essa admiração não basta, contudo, para explicar por que um crítico tão convicto e perseverante de um dos dogmas mais célebres do positivismo jurídico, como Ascarelli, tenha escolhido como texto a ser aconselhado aos juristas para uma leitura libertadora o famoso *Dialogo sul diritto comune*, precisamente um dos documentos mais

³ Introdução, cit., p.8, em nota.

impressionantes, embora quase desconhecido, da pré-história do positivismo jurídico, aquele diálogo, para deixar claro, em que, desde as primeiras afirmativas, o Filósofo lança ao rosto do Jurisconsulto, porta-voz de *sir* Edward Coke, o desafio: "Não é a sabedoria, mas a autoridade que cria a lei".⁴

Ascarelli vê no pensamento de Hobbes dois aspectos, um regressivo, outro progressivo. O primeiro consiste na teoria declarativa da interpretação, ou seja, na atribuição ao juiz de um papel substancialmente passivo no processo de criação do direito; o segundo, na revalorização da razão natural de cada indivíduo em si contra a razão artificial da corporação dos jurisconsultos, exaltada pelos defensores da *common law*. Mas qual era, afinal, a real função da razão natural na criação do direito? Se Ascarelli tivesse extraído todas as consequências dos princípios hobbesianos, teria percebido que, no Estado, a razão natural de cada indivíduo é suprimida e superada pela razão do soberano, também artificial, porque produzida por um acordo. O que era, afinal, o Estado, segundo a mais genuína experiência hobbesiana, senão um "homo artificialis" que se erguia, com a sua potência unificadora, sobre a impotência dissociante do "homo naturalis"? A divergência entre Coke e Hobbes derivava do contraste entre a razão artificial da corporação dos juristas e a razão, também artificial, do soberano. Em ambas as teorias, a razão natural fora jogada porta afora, e, uma vez que a razão natural é o órgão do direito natural, aquilo que uma e outra posição eliminaram do sistema em definitivo fora precisamente o direito natural.

Na redução hobbesiana do direito ao cálculo utilitário, Ascarelli via, como reação, a afirmação de uma ética da consciência e, portanto, a libertação da ética do abraço mortal com o direito. Hobbes, assim interpretado, tornava-se o campeão daquela separação entre moral e direito, a qual viria a ser celebrada por Kant. Era uma interpretação talvez demasiado generosa de uma ética substan-

⁴ Na edição organizada por ASCARELLI, na p.75; na tradução italiana por mim organizada, *TU. HOBBS, Opere politiche*, I, Utet, Turim, 1959, p.397.

cialmente utilitarista. Em Hobbes, o cálculo utilitário ocupa o lugar da inclinação e do sentimento moral, ou, pior, da misteriosa, e nem sempre socialmente útil, voz da consciência. E, uma vez constituído o Estado por cálculo utilitário, direito do Estado e moral do indivíduo terminam por coincidir, pelo menos na matéria regulada pelas leis positivas. Para fazer de Hobbes um teórico da ética da consciência, seria necessário desvencilhar-se de uma passagem que teria dado o que fazer ao jovem e como que hobbesiano Locke, a passagem do *Leviatã* em que é condenada como repugnante para a sociedade civil a teoria segundo a qual “qualquer coisa que um homem faça contra a sua consciência é pecado”, já que, para o homem, desertor do estado natural por cálculo utilitário, refugiado na vida civil, não há outra consciência além da lei. “*The law is the public conscience*”.⁵

Seja como for, o interesse da introdução de Ascarelli ultrapassava a interpretação hobbesiana: era, como foi dito, o início de um debate original, que haveria de ser o mais documentado possível, sobre a história da dogmática jurídica. Ascarelli chegara àquela maturidade de pensamento que permite, e, aliás, requer, pausas para reflexão retrospectiva. Tratava-se de sair em busca de fios esparsos que haveriam de chegar a compor um tecido orgânico. Sabia que era necessário proceder às cegas e sem pressa. Mas a obra permaneceu incompleta. E do esboço que restou, seria temerário desejar reconstituir o desenho inteiro.

2. No entanto, é possível procurar refazer o caminho que o conduziu dos primeiros escritos a esta última etapa. Afirmou-se que, nos últimos anos, depois do retorno do Brasil, ocorrera “uma decidida evolução de sua personalidade”, e se revelara “um novo temperamento de estudioso”.⁶ Se essa afirmação deseja enfatizar a surpreendente fertilidade de idéias, a extraordinária fecundidade, a particular

⁵ *Leviathan*, organizado por M. OAKSHOTT, Blackwell, Oxford, s/d., p.211 [*Leviatã*, trad. port. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Cláudia Berliner, São Paulo, Martins Fontes, 2003].

⁶ E. MESSINGO, Tullio Ascarelli, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Giuffrè, Milão, 1969, vol. I, p.1V.

insistência sobre temas desafiadores da teoria geral do direito, uma certa postura audaz de demolidor de idéias herdadas, que caracterizaram a última década do seu trabalho, ela é aceitável. Contudo, se, ao contrário, visa destacar, como parece, uma verdadeira interrupção no seu pensamento, dando ao leitor a impressão de uma rachadura entre o velho e o novo, deve ser drasticamente rejeitada. Há poucos autores que, como Ascarelli, formularam desde o início – que para ele foi extremamente precoce – um núcleo de idéias fundamentais às quais, depois, permaneceram fiéis até o fim. A formação intelectual da primeira juventude, cheia de fermentações e tentativas, imprimiu marcas profundas em sua mente. Ao ler agora os escritos menores, minúsculos, dos primeiros anos, em que estão expressos os pensamentos talvez mais secretos, fica-se surpreso ao ver ali já expostas, mais do que nas obras acadêmicas, embora de forma ainda imatura, algumas das idéias mais avançadas da maturidade.

Antes de mais nada, Ascarelli foi, com uma convicção que não sofreu fissuras, do início ao fim, não obstante a mudança dos tempos e das orientações e a variedade das suas experiências culturais (da Itália à França, da Inglaterra ao Brasil), um historiador, segundo a vertente historicista adotada na Itália, por efeito dos ensinamentos de Croce. Foi um historiador coerente. O historicismo foi a sua paixão e a sua filosofia, o termo de comparação para a validade das teorias alheias, o critério último ao qual se apela para desfazer os nós mais complicados: metodologia e, ao mesmo tempo, concepção de mundo. Ascarelli pertence à segunda geração crociana, que floresceu logo depois da Primeira Guerra Mundial e teve tanta participação na oposição ao fascismo, à geração que agora já poderia ser denominada, a partir de seu maior protagonista, de gobettiana⁷ (e também ele, como veremos, foi apanhado no turbilhão do prodigioso inspirador de “La Rivoluzione liberale”). Eram os anos em que o idealismo começava a fazer sentir seu influxo também no campo dos estudos

⁷ De Piero Gobetti. (N.T.)

jurídicos, com Cesarini Sforza, Max Ascoli, Cammarata, Maggiorani, Battaglia e, alguns anos mais tarde, com o tão esquecido Alessandro Pekelis. O idealismo historicista foi o caminho pelo qual se desenvolveu, na Itália, a crise do positivismo jurídico, que em outros países amadureceu por outros influxos. O que, no início do século XIX, aconteceu ao jusnaturalismo, que foi atacado por várias frentes – pelo positivismo, pelo utilitarismo, pelo historicismo de direita e de esquerda – aconteceu com o positivismo jurídico no início do nosso século: nos mesmos anos em que François Gény criticava os dogmas do positivismo jurídico, reportando-se a Bergson, os filósofos da nova geração do direito italiano realizavam a mesma operação dirigindo-se a Croce.

Um dos problemas sobre os quais o influxo crociano mais atuou (e beneficentemente) foi o da interpretação jurídica, não mais considerada como mera reprodução mecânica de um texto, posto de uma vez por todas e destacado do contexto histórico a partir do qual surgiu, mas como criação contínua no processo de adaptação do texto à realidade histórica em movimento. Um dos temas dominantes na filosofia jurídica inspirada no idealismo historicista foi o da identidade, ou, se preferirmos, da distinção dialética entre momento da criação e momento da interpretação do direito em nome da unidade do movimento histórico no qual a abstração da norma se converte continuamente na concretização da sua atuação. Desde 1908, Croce fizera justiça sumária da teoria do direito livre, condenando a estranha pretensão de Kantorowicz de que ao juiz fosse atribuída uma faculdade legislativa. O juiz, explicava Croce, sempre exercitou, de fato, essa faculdade. E, logo em seguida, acrescentava que não poderia deixar de exercitá-la “porque, mesmo prescindindo de casos extremos e extraordinários, a lei, devido ao seu caráter de abstração, implica sempre, na sentença que a faz sua, um momento volitivo ou legislativo”.⁸ O tema fora retomado e desenvolvido pelo próprio Croce

⁸ *Conversazioni critiche 4, série primeira*, Laterza, Bari, 1950, p.246.

em *Filosofia della pratica*, e encontrara, em um feliz livro de Max Ascoli, a sua mais ampla formulação.⁹ Tornara-se, então, o cavalo de batalha da nova geração de filósofos do direito, despertados, por obra do idealismo, do sono dogmático.

O primeiro ensaio de grande fôlego de Tullio Ascarelli – embora o autor contasse apenas vinte e dois anos, já não era um estreante¹⁰ – teve por objeto o problema da interpretação.¹¹ E isto, pelo que se disse até aqui, é notável por duas razões: porque é uma prova ulterior da importância desse problema para o clima filosófico daqueles anos e porque nos mostra que Ascarelli, desde o início, debateu-se com o tema que se tornaria o tormento da sua vida até os últimos anos, quando, como veremos, tecerá e tornará a tecer a trama das suas reflexões em torno daquele problema. A solução que ele oferecia neste ensaio ao problema das lacunas não podia ser mais crociantemente ortodoxa: a incompletude do ordenamento jurídico, sobre a qual tanto discutem os juristas dogmáticos, inventando soluções ora paradoxais, ora ingênuas, pertence à natureza mesma do ordenamento, que é composto por normas, isto é, por regras abstratas, incapazes de, por si sós, solucionar integralmente os casos concretos. Feita essa afirmativa, colocava-a logo em seguida sob a proteção da orientação filosófica dominante na Itália, citando Croce, Gentile, Maggiore. Só que, para tranquilizar os juristas, que não podem renunciar ao dogma da completude, introduzia uma distinção confortável, que posteriormente viria a repudiar, entre o ponto de vista exegético-dogmático, segundo o qual o ordenamento é um dado da natureza, concluído de uma vez por todas e, portanto, intrinsecamente completo, e o ponto de vista histórico-filosófico, pelo qual o direito é

⁹ M. ASCOLI, *La interpretazione della legge. Saggio di filosofia del diritto*, Athenaeum, Roma, 1928.

¹⁰ ASCARELLI publicou o primeiro ensaio jurídico aos vinte anos: *I debiti di moneta estera e l'art. 39 cod. di comm.*, in "Rivista di diritto commerciale", XXI, 1923, I, p.444-69.

¹¹ *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. nel diritto privato*, in "Archivio giuridico", XCIV, 1925, p.235-79; agora in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milão, 1952, p.209-43.

considerado, na sua historicidade, “como um momento do nosso espírito”, portanto, como tal, sempre incompleto, ainda que, ou precisamente porque, sempre se completando por obra dos sujeitos a quem se destina.

Diante desses expedientes, nossa mente corre imediatamente à contraposição de Gentile entre logo abstrato e logo concreto, à dialética de pensamento pensado e pensamento pensante. Nessa época, Max Ascoli já falara dessa solução como único sinal “da aceitação por parte de um jurista das concepções atualistas de filosofia jurídica”¹². A dualidade dos pontos de vista servirá, por fim, para encontrar uma solução salomônica também para o problema tradicional da interpretação. A interpretação é declarativa ou criativa? Ascarelli responde que, do ponto de vista naturalista, que é o dos juristas, a interpretação é declarativa, enquanto, do ponto de vista histórico-filosófico, a interpretação tem valor criativo, “não apenas porque (...) deve transformar a norma jurídica abstrata em uma norma reguladora de um caso concreto, mas porque *é inegável a natureza criadora de qualquer ato espiritual*”.¹³

Essa doutrina da dupla verdade, que depois seria repudiada, era evidentemente uma solução apaziguadora, *pro bono pacis*, e, como tal, tinha o defeito de ser pouco clara e, no final das contas, pelo desejo de contentar a uns e a outros, acabava por descontentar a todos. Contudo, se em palavras os pontos de vista eram dois, de fato, Ascarelli aceitara um deles, o ponto de vista filosófico-histórico, e apenas este viria a ser desenvolvido nas pesquisas subseqüentes. Mas, nesse ínterim, o caminho a ser percorrido já estava projetado. Em uma breve resenha do mesmo ano (1925), expunha a sua visão dinâmica do ordenamento jurídico que se realiza e cresce ao longo do tempo pelo trabalho dos intérpretes, mais ou menos com as mesmas palavras com que viria a expô-la vinte anos mais tarde. Mais do que

¹² M. ASCOLI, *La interpretazione*, cit., p.52, nota 1.

¹³ *Il problema delle lacune*, cit., p.221.

um programa de teoria, já se constituía uma teoria *in nuce*, que precisava apenas ser documentada e ponderada:

*... de fato, o ordenamento jurídico resulta não apenas das simples normas de leis tomadas em si mesmas, mas das normas de leis integradas por todo um corpo de doutrinas e de interpretações, lentamente formado pelo penoso trabalho doutrinário e jurisprudencial e que constitui a quotidiana atualização, e, portanto, a indispensável integração, das normas de leis, as quais, por meio dela, se adaptam às sempre novas exigências da vida, assim como esta tende a habituar-se àqueles determinados esquemas jurídicos.*¹⁴

Ao lado do problema da interpretação, o outro campo de estudos a que Ascarelli se dedicou com crescente paixão nos últimos anos foi, como se sabe, o direito comparado. Pois bem, quem percorrer as breves resenhas escritas para a "Rivista internazionale di filosofia del diritto", de 1925 a 1929, não tardará a perceber que a quase totalidade delas se refere a livros de legislação estrangeira e de direito comparado. Para um jovem principiante, eram leituras bastante singulares. No entanto, não se limita a dar notícia desses livros, mas, quando pode, tece o elogio dos estudos comparatistas, lamenta o descaso em que os estudos sobre o direito anglo-americano se encontram, especialmente entre nós, italianos, e aconselha os nossos juristas, demasiado fechados na sua especialidade, a estudar o direito inglês, pela contribuição que pode oferecer ao entendimento dos nossos institutos. Passa da reforma do código civil austríaco ao código comercial japonês, da jurisprudência americana sobre o controle dos preços ao direito civil egípcio.¹⁵ Por trás dessas leituras, vê-se o devorador de livros, o jovem de cultura invulgar que deseja abrir novos horizontes ao estudo do direito, romper o provincianismo dentro do qual, com frequência, fecha-se a cidadela universitária.

¹⁴ In "Rivista internazionale di filosofia del diritto", V, 1925, p.652 (resenha a Marcel de Gallaik, *La réforme du code civil autrichien. Textes et commentaires*, Paris, 1925).

¹⁵ Cfr. In "Rivista internazionale di filosofia del diritto", V, 1925, p.651-2, p.652-4; idem, VI, 1926, p.329; idem, VIII, 1928, p.268; idem, IX, 1929, p.172-3, p.173-4, p.356-7, p.357, p.357-8.

Ao direito comercial, de resto, não chegara com antolhos, mas por intermédio de uma rica experiência de pesquisas, inclusive em outros campos. Nos anos de universidade, atraído, em um primeiro momento, pelo magistério de Vittorio Scialoja, cultivara estudos de história do direito. Reuniu amplo material para uma monografia sobre Bartolo e o direito internacional, a qual deveria ser dividida em quatro partes, dedicadas, respectivamente, ao direito internacional público, ao direito internacional privado, ao direito internacional processual e ao direito internacional penal. Para o direcionamento aos estudos de direito comercial, foi decisivo o encontro com Cesare Vivante, que foi seu mestre e a cuja memória permaneceu fiel e grato por toda a vida. Nos últimos anos, tornou a evocar a “atmosfera vivantina”, em que se desenvolvera a melhor parte da ciência comercialista italiana nas primeiras décadas do século; falou insistentemente sobre o aspecto ético-político do ensino do mestre, daquele efetivo liberalismo que caminhava *pari passu* com a solidariedade social, confiante na ascensão das classes populares, e revelou, a quem quisesse ler as entrelinhas, que a descendência não fora apenas de natureza acadêmica.¹⁶ Sob a orientação de Vivante, preparou a tese de láurea com um estudo sobre *Le società a responsabilità limitata e la loro introduzione in Italia*, publicada em 1924.¹⁷

Ascarelli foi um jovem de rara precocidade. Provinha, por parte de pai e mãe, de duas famílias judias de nobres tradições culturais. O pai, Attilio, fora professor de medicina legal, a mãe, Elena Pontecorvo, ainda viva, pertence à vigorosa estirpe de que descendem Enzo e Emilio Sereni, Eugenio Colorni e o físico Bruno Pontecorvo. A trajetória universitária de Tullio foi extremamente rápida: laureou-se em 13 de julho de 1923, quando ainda não completara vinte anos (nasceu em Roma no dia 6 de outubro de 1903); no último ano de universidade, e durante a láurea, prestou o serviço militar

¹⁶ *La dottrina commercialista italiana e Francesco Carnelutti*, in *Problemi giuridici*, II, Giuffrè, Milão, 1959, p.983-99.

¹⁷ In “*Rivista del diritto commerciale*”, XXII, 1924, I, p.419-66.

na subdivisão de mantimentos. Tendo conquistado uma bolsa do *Ministero della pubblica istruzione* [Ministério da Educação Pública] para aperfeiçoamento no exterior, passou um ano na Alemanha, de onde retornaria no ano letivo de 1926-1927, com uma bolsa da von Humbolt Stiftung. No final de 1924, aos vinte e um anos, recebeu o encargo de ensinar direito comercial na então Universidade Livre de Ferrara. Conseguiu a livre-docência em direito comercial em 21 de novembro de 1925, diante de uma banca composta por Cesare Vivante, Ulisse Manara e Angelo Sraffa. Venceu o concurso para professor adjunto na Universidade de Ferrara em 11 de outubro de 1926, diante de uma banca composta por Cesare Vivante, Mario Finzi, Angelo Sraffa, Leone Bolaffio e Ageo Arcangeli. Em outubro de 1926, transferiu-se para a Universidade de Cagliari e, em novembro de 1929, para a Universidade de Catania, onde permaneceu até 1932. Publicada, em 1928, a primeira ampla monografia sobre um tema extremamente complexo: *La moneta. Considerazioni di diritto privato* (Pádua), e escrito o ensaio *Il negozio indiretto e le società commerciali*, que nascera da Aula Inaugural pronunciada na Universidade de Catania, em 21 de janeiro de 1930,¹⁸ foi promovido a professor titular em 28 de abril de 1930, com um parecer assinado por Cesare Vivante, Angelo Sraffa e Ageo Arcangeli. Aos vinte e sete anos completava o *iter* da carreira universitária, em uma idade na qual, em geral, a maioria dos que se enveredam por este caminho ainda nem começaram.

3. Entre as resenhas publicadas de 1925 a 1926 na “*Rivista internazionale di filosofia del diritto*”, há uma que pode parecer extravagante a quem considere todo o trabalho realizado por Ascarelli, naqueles dois ou três anos, nos estudos jurídicos: Alberto Cappa, *Vilfredo Pareto*, Gobetti editor, Turim, 1924.¹⁹ Ela é, pelo contrário, uma

¹⁸ Posteriormente publicado in *Studi di diritto commerciale in onore di C. Vivante*, I. Foro Italiano, Roma, 1931, p.25-98.

¹⁹ “*Rivista internazionale di filosofia del diritto*”, VI, 1926, p.168-9.

fenda que serve para lançar luz sobre um aspecto da atividade do jovem jurista quase que completamente desconhecido ou esquecido. Nessa resenha, em seu juízo sobre a sociologia e sobre Pareto, Ascarelli confirmava o seu enraizado crocianismo: de origem crociana eram as dúvidas que ele manifestava sobre a validade da sociologia como ciência; crociano também era o juízo sobre Pareto, de quem admirava as observações particulares, mas deplorava a abstração do esquema construtivo, concluindo que o grande Pareto era o Pareto economista, e não o sociólogo. Mas o interesse pela resenha está em outra parte. Alberto Cappa era um jovem paretiano que publicara, em 1923, um livro de crítica política inspirado em Pareto, no qual elevava as classes médias a protagonistas da crise política italiana.²⁰ Também sobre esse livro, Ascarelli escrevera uma resenha mais acre do que doce em “Studi politici” (revista sobre a qual falaremos daqui a pouco). Depois desse primeiro livro, Cappa se aproximara de Piero Gobetti em 1923 e publicara, em “La rivoluzione liberale”, capítulo a capítulo, sob o pseudônimo de Grildrig, um estudo posteriormente impresso em um magro volumezinho pelas Edições Gobetti, em 1924, com o título *Le generazioni nel fascismo*. Nele, sustentava que o advento do fascismo deveria ser explicado com a excepcional participação ativa na vida política de uma geração muito jovem, que não servira na guerra, mas dela sofrera o tormento e o fascínio, substituindo, assim, a explicação baseada nas classes pela explicação baseada nas gerações (a eterna luta dos filhos contra os pais).²¹ A esta tese de Cappa, Gobetti opusera um de seus cortantes comentários:

²⁰ *Due rivoluzioni mancate. Dati, sviluppo e scioglimento della crisi politica italiana*, Campitelli, Foligno, 1923. Tenho sob os olhos o exemplar que pertenceu a Piero Gobetti, com a dedicatória do autor: “A Piero Gobetti – com estima e compreensão – Alberto Cappa – Maio de 1923”. Em uma anotação escrita a lápis na última página, Gobetti comenta: “Cappa concebe a história do pós-guerra como luta das classes médias contra as demais. Ao contrário, é uma luta entre classes médias: umas nacionalistas, outras socialistas...”. As duas revoluções que morreram, de que fala Cappa, são a revolução socialista e a revolução fascista, ambas absorvidas na continuidade do Estado monárquico centralizador.

²¹ Ascarelli também escreveu uma resenha sobre este livro de Cappa, três anos antes, na revista “Studi politici”, I, n.3, março de 1923, p.94-6 (cfr. nota 26). Nela já expressara um juízo análogo sobre Pareto: “... não obstante a admiração que hoje se deseja impor ao esquecido de ontem” – o *Trattato di sociologia generale* – “não me parece constituir um novo título de glória, mas um sinal de decadência daquele que será lembrado como o autor do *Cours d'économie politique*” (p.94).

*Havia uma geração, além daquela da opressão, que a guerra maturara, poupando-a. Uma geração que se condenara à seriedade desde a adolescência, que fez em cinco anos a sua preparação ideal e prática de modo austero, sem esperar vantagens e sem pedir postos. Queremos ver o que dirão os pais destes filhos. Queremos ver o que responderão Mussolini e o fascismo quando à sua retórica tivermos oposto a nossa ascese e o nosso preparo.*²²

Naquele mesmo ano, o nome de Alberto Cappa surgira junto ao de Tullio Ascarelli e de outros (Giorgio Bandini, Alberto Pincherle, Enzo Sereni e Giuseppe Vescovini) entre os redatores de uma revista romana mensal, "Studi politici", que iniciou sua breve vida em 1º de janeiro de 1923 e era dirigida por Paolo Flores. Já a partir do segundo número, Cappa desapareceu do rol de redatores e colaboradores, enquanto Ascarelli permaneceu, ao longo de toda a duração da revista, como um dos colaboradores mais assíduos. Para o jovem ainda na casa dos vinte anos, que era ao mesmo tempo jurista e conscrito, 1923 foi, de fato, o *annus mirabilis*: publicou o seu primeiro ensaio de temática jurídica, conseguiu a láurea com um segundo ensaio que seria publicado no ano seguinte e obteve, enfim, o batismo de escritor político em uma revista juvenil de batalha antifascista.

A revista "Studi politici", como já foi observado,²³ nascia na esteira de "La rivoluzione liberale", cujo primeiro número saíra no ano anterior, em fevereiro de 1922. Como a revista gobettiana, essa revista romana, filha menor, nascera de um grupo de jovens de fora e acima dos partidos, que buscava prestígio e apoio na colaboração de assinaturas ilustres: no primeiro número, constam artigos de Pietro Bonfante, Ernesto Buonaiuti e Rodolfo Mondolfo.²⁴ O editorial do

²² *La lotta delle generazioni*, in *La rivoluzione liberale*, II, n.28, 25 de setembro de 1923, p.113, com a sigla p.g. Agora in *Scritti politici*, Einaudi, Turim, 1960, p.523.

²³ L. BASSO, Introdução a *Le riviste di Piero Gobetti*, organizada por. L. BASSO e L. ANDERLINI, Feltrinelli, Milão, 1961, p.LXXVII-LXXIX.

²⁴ Nos dez números publicados, colaboraram: P. Bonfante, E. Buonaiuti, R. Mondolfo, G. Vescovini, A. Cammarano, A. Pincherle, T. Ascarelli, Sandro Diambrini Palazzi, A. Tilgher, L. Salvatorelli, V. Giusti, E. Sereni, C. Treves, P. Flores, E. Leone, F. Battaglia, M. Coppini, P. Gobetti, M. Ascoli, C. Berneri, G. Ferrero, L. Limentani, A. Graziadei, N. M. Fovel, L. Fabbri, R. Rolland, E. Nasalli-Rocca, E. Fodale. Além destes, foram publicados artigos e notas com as seguintes iniciais: T.A. (Tullio

primeiro número (1º de janeiro de 1923), intitulado *Per intendersi*, partia da constatação de uma crise que não era esporádica, mas tinha profundas raízes no processo de formação do Estado nacional e no caráter dos italianos, individualistas obstinados, dedicados exclusivamente ao próprio “particular”. A solução da crise deveria ser buscada na formação de uma nova consciência civil dos italianos, “pela qual o Estado não seja mais o resultado mecânico de um jogo de interesses, mas uma democracia de produtores”. A conclusão, que revelava um estado de ânimo de insatisfação com o presente mais do que uma clara visão do futuro, era genérica: “Estamos, portanto, unidos para dar à vida política nacional um ritmo de universalidade e a consciência do valor dos ideais”. Ascarelli representou, no grupo, a tendência mais radicalizante. As assonâncias entre algumas de suas afirmações e os mais conhecidos temas da polêmica gobettiana são surpreendentes. A sua colaboração foi assídua (ao longo do ano, dezoito escritos, entre artigos e resenhas): dois artigos de fundo histórico, ou melhor, dois perfis apenas esboçados à maneira gobettiana, um sobre Rathenau e o outro sobre Urbano Rattazzi;²⁵ alguns artigos sobre temas da atualidade;²⁶ várias resenhas.²⁷ Rathenau foi

Ascarelli, P.F. (Paolo Flores), G.V. (Giuseppe Vescovini), G.B. (Giorgio Bandini), E.S. (Enzo Sereni), A.P. (Alberto Pincherle), T.L. (Tullio Liebmann), B.L. (?), C.B. (?), U.F. (?). Cada número continha um trecho de autores consagrados, cuja leitura era reproposta como particularmente instrutiva. O elenco dos autores é pouco esclarecedor: Orlani, Chesterton, Savonarola, De Maistre, Max Weber, Stefano Jacini, Marx e Sorel.

²⁵ Rathenau, in “Studi politici”, I, n.2, fevereiro de 1923, p.43-50; Urbano Rattazzi, idem, I, n.9-10, setembro e outubro de 1923, p.255-9.

²⁶ *I competenti*, I, n.1, janeiro de 1923, p.24, assinado T.A. (este artigo foi publicado também in “La rivoluzione liberale”, II, n.12, 1º de maio de 1923); *Italia e piccola intesa*, II, n.4-5, abril e maio de 1923, p.142-3, assinado T.A.; *Gli avvocati e la politica*, I, n.6-7, junho e julho de 1923, p.186-7, assinado T.A.; *Punti interrogativi sulla questione italo-greca*, I, n.8, agosto de 1923, p.225-6, assinado T.A. E mais uma resposta em destaque, assinada T.A., a uma nota de E. Nasalli-Rocca, *Borghesi e liberali*, n.9-10, setembro e outubro de 1924, p.246-7.

²⁷ In “Studi politici”, I, n.1, janeiro de 1923, p.26-8, assinada T.A. (resenha a U. FORMENTINI, *Collaborazionismo*, ed. de “La rivoluzione liberale”, Turim, 1922); I, n.1, janeiro de 1923, p.28-30, assinada T.A. (resenha a S. PEROZZO, *Critica politica*, Zanichelli, Bolonha, 1922); I, n.2, fevereiro de 1923, p.63-4, assinada T.A. (resenha a G. SALVEMINI, *Tendenze vecchie e necessità nuove nel movimento operaio italiano*, Cappelli, Bolonha, 1922); I, n.2, fevereiro de 1923, p.64, assinada T.A. (resenha a M. BRINKMEYER, *Hugo Stinnes. Documents traduits et commentés par V. MARCANO*, préface de Georges BLONDEL, Plon, Paris, 1922); I, n.3, março de 1923, p.94-6, assinada T.A. (resenha a A. CAPP, *Due rivoluzioni mancate*, Campitelli, Foligno, 1923); I, n.3, março de 1923, p.96, assinada

representado como um rebelde da civilização capitalista que não conhece o pecado, mas apenas o sucesso, e tudo resolve na absolutez da própria atividade (donde um singular paralelo com o atualismo absoluto); um moralista, que tinha a ingenuidade e o abstratismo do moralista, que “desconhece a trágica seriedade da luta política, em uma visão idílica”; sendo-lhe estranho o problema da participação do proletariado no poder, o seu ideal democrático resume-se à realidade da plutocracia alemã. O artigo sobre Rattazzi foi escrito por ocasião do quinquagésimo aniversário de sua morte; sem o brilho do anterior, fundamentava-se na tese de que Rattazzi concebera a política como administração, e, com esse modo de entender a política, desempenhara a sua função histórica em um momento difícil. O artigo *I competenti*, com o qual Ascarelli iniciava sua atividade de escritor político, e que Gobetti republicou na sua revista, era manifestamente voltado contra a tentativa fascista, ou, pelo menos, de uma certa ala do fascismo, inspirada por Massimo Rocca, de revalorizar as especialidades contra qualquer forma de politiquismo genérico.

O próprio Rocca, em dezembro de 1922, conseguira fazer aprovar o estatuto-regulamento dos Grupos Especializados.²⁸ Ascarelli comentava ironicamente: “É realmente um pouco estranha esta veneração pelos especialistas exatamente por parte daqueles que não têm qualquer especialidade e que evitam sempre adquirir alguma”; e concluía que, por detrás do desejo, recorrente em períodos difíceis, pelo governo dos especialistas, havia a pouco nobre aspiração de renunciar ao próprio juízo político, em definitivo, à própria liberdade. Para

T.A. (resenha a P. PASCAI, *Die ethischen ergebnisse der russischen sovjetmacht*, Malik Verlag, Berlim, 1922); I, n.6-7, abril e maio de 1923, p.192-4, assinada T.A. (resenha a F. BUKZIO, *Politica demiurgica*, Laterza, Bari, 1923); I, n.6-7, abril e maio de 1923, p.194 (resenha a L. M. HARTMANN, *Il risorgimento. Le basi dell'Italia moderna*, Vallecchi, Florença, 1923); I, n.6-7, abril e maio de 1923, n.194, assinada T.A. (resenha a L. STURZO, *Riforme sociali e indirizzi politici*, Vallecchi, Florença, 1922); I, n.8, agosto de 1923, p.227-8, assinada T.A. (resenha a R. MONDOUPO, *Significato e insegnamento della rivoluzione russa*, Bemporad, Florença, 1923); I, n.9-10, setembro e outubro de 1923, p.269-70, assinada T.A. (resenha a A. GRAZIADDI, *Prezzo e sovrapprezzo nell'economia capitalistica. Critica alla teoria del valore di Carlo Marx*, Soc. ed. Avanti!, Milão, 1923).

²⁸ Sobre este tema, cfr. A. ACQUARONE, *Aspirazioni tecnocratiche del primo fascismo*, in “Nord e Sud”, XI, abril de 1964, n.52, p.109-28.

Ascarelli, o fascismo era mussolinismo, e isso era a continuação do *giolittismo*²⁹, isto é, da mesma política pequeno-burguesa. Por isso, não partilhava o elogio a Giolitti feito por Burzio: o reformismo terminara no fascismo, que é “um pouco a ilusão romântica da pequena burguesia italiana”.³⁰ Reivindicar um ideal de liberdade era tarefa tanto da burguesia capitalista quanto do socialismo, mas para cada qual em sentido profundamente distinto, de modo que era vão qualquer compromisso ou tentativa de uma frente única. Ascarelli esboçava claramente o seu papel ao escrever:

*... deve ressurgir o movimento autônomo ou liberal de um proletariado operário que, ao difundir-se e fortalecer-se pela grande indústria, que é condição da sua existência, pode encontrar a força – em uma luta cujos termos, cada vez mais claros, tendem a excluir, com cada vez mais rigor, qualquer compromisso – para expressar, a partir de seu seio, novos valores políticos.*³¹

Em outra parte, falava de um “proletariado conscientemente revolucionário e, por isso, portador de novos valores”.³² Essa aspiração a uma regeneração vinda de baixo induzia-o a oferecer um juízo severo sobre a crise do socialismo. Contra Salvemini, que via a principal razão de decadência do socialismo em um desvio oligárquico, sustentava que o socialismo estava se dissolvendo “no complexo de

²⁹ Referente à política e aos métodos de governo de Giovanni Giolitti (1842-1928). A expressão *giolittismo* traz uma conotação depreciativa, significando uma política baseada no clientelismo. (N.T.)

³⁰ In “Studi politici”, I, n.6-7, abril e maio de 1923, p.193 (resenha a Burzio, cit.).

³¹ In “Studi politici”, I, n.3, março de 1923, p.95 (resenha a Capria, cit.).

³² In “Studi politici”, I, n.6-7, cit., p.194. Reproduzo o trecho Intelto: “Partindo do empirismo giolittiano, tal como do fascismo, temos de formar uma nova classe dirigente, com uma nova consciência política, que tenha mais vivo o senso da inexorável dramaticidade da vida e da luta política, da necessária insuficiência de qualquer compromisso que equivale não à superação dos termos antitéticos na unidade da vida política, mas a uma solução que faltou, como do desesperado relativismo de toda e qualquer ação nossa. Por certo, isto não poderá ocorrer senão, por um lado, pela entrada na vida italiana de um proletariado conscientemente revolucionário e, por isso, portador de novos valores, na constatada exaustão da pequena burguesia no fascismo, de um lado, na impossibilidade de um amplo florescimento da grande burguesia industrial, de outro, proletariado concretamente nacional na sua consciência de classe; por outro lado, com a resolução do problema unitário, resolução que, para ser tal, deve implicar a solução da atual crise política italiana: obra complexa, que não poderá se realizar senão com a completa e profunda revalorização de todos os nossos elementos culturais, antes de poder entrar no campo da formulação técnico-jurídica” (p.194).

interesses particulares e individuais, no empirismo dos contrastes econômicos", e via com simpatia o movimento do "Ordine Nuovo".³³ Desejava um retorno aos estudos marxistas "para uma renovada e fecunda afirmação diante daquele atualismo puro que é tão caro ao governo atual".³⁴ Aceitava, como Gobetti, a revolução bolchevique, atribuindo-lhe uma função de renovação liberal da política e da economia russa, e a definia, de modo gobettiano, como "revolução classicamente liberal",³⁵ "animada por uma desesperada afirmação e vontade de utopia, por uma inspiração religiosa que haveria de resgatar das profundezas todos os povos oprimidos". O único ponto que o afastava de Gobetti era o juízo sobre o partido popular. Da leitura das páginas de Luigi Sturzo, *Riforme statali e indirizzi politici* (1922), chegara à convicção de que havia uma profunda antítese entre a concepção católica e a moderna de Estado, nascida da revolução protestante, e, portanto, o partido dos católicos jamais conseguiria mudar sua índole essencialmente reformista e conservadora.³⁶ Alhures negava a confiança depositada por Alberto Cappa no partido popular e no mito autônomo das classes rurais.³⁷

"Studi politici" encerrou sua existência depois de um ano de vida. Essa notícia foi dada pelo próprio Ascarelli em uma carta a Gobetti, datada de 18 de fevereiro de 1924, na qual aludia às múltiplas causas, "nem todas belas", que haviam provocado seu encerramento. Prometia iniciar uma ativa colaboração em "La rivoluzione liberale", tão logo conseguisse encontrar algum tempo livre do serviço militar.³⁸ Ainda que o propósito nunca tenha se realizado, Ascarelli

³³ In "Studi politici", I, n.2, fevereiro de 1923, p.64 (resenha a SALVEMINI, cit.).

³⁴ In "Studi politici", I, n.9-10, setembro e outubro de 1923 (resenha a GRAZIADEI, cit.).

³⁵ In "Studi politici", I, n.8, agosto de 1923, p.228 (resenha a MONDOLFO, cit.). Cfr. também I, n.3, março de 1923, p.96 (resenha a PASCAL, cit.).

³⁶ In "Studi politici", I, n.6-7, abril e maio de 1923, p.194 (resenha a STURZO, cit.).

³⁷ In "Studi politici", I, n.3, março de 1923, p.95 (resenha a CAPP, cit.).

³⁸ Essa carta está guardada no Arquivo de Centro de Estudos Piero Gobetti (rua Fabro, 6, Turim). Há outras duas cartas de Ascarelli endereçadas a Gobetti: uma de 21 de março de 1924 (em papel com cabeçalho do Ministério das Finanças. Direção geral das pensões de guerra), com a qual Ascarelli envia a própria taxa de subscrição a "La Rivoluzione liberale"; outra de 31 de junho de 1925

continuou mantendo contato com o *entourage* gobettiano. Como se sabe, Gobetti constituíra, em julho de 1924, durante a primeira crise que explodiu depois do delito Matteotti, os *Gruppi di Rivoluzione Liberale* [Grupos de Revolução Liberal]. Em uma carta de Umberto Morra a Gobetti, datada de 25 de outubro de 1924, em que é notícia da, com detalhes, uma reunião do Grupo Romano de Rivoluzione Liberale, relata-se a presença, entre os demais (Liebmann, Necchi, Nicoletti, Ascoli, Sotgiu, Pincherle, Bosi), de Tullio Ascarelli, que estava entre os quinze que permaneceram até o fim da tumultuada reunião, depois da secessão de sete dos presentes, que discordavam do teor da ordem do dia.³⁹

Eu não saberia dizer se Ascarelli colaborara com revistas políticas nos dois anos subseqüentes, durante os quais cultivou com particular fervor os estudos jurídicos. Por certo, continuou mantendo vivas relações com os centros do antifascismo militante, como o florentino “Non mollare” [Não desistir]. Retomou, com renovado ardor, a atividade de escritor político nas colunas de “Quarto stato” [Quarto Estado], revista fundada em Milão por Carlo Rosselli e Piero Nenni, publicada em 30 números, de 27 de março a 30 de outubro de 1926.⁴⁰ Colaborou nela com seis artigos (dois histórico-críticos, assinados com o próprio nome, os outros quatro programáticos, politicamente mais engajados, sob o pseudônimo de Guido da Ferrara).⁴¹ A adesão

(em papel com cabeçalho avv. Tullio Ascarelli, via Cesalpino, 26, Roma), na qual recomenda um amigo, Fortini (?), que gostaria de traduzir Marshall (o economista), e assegura que o professor Ricci prometera escrever o prefácio.

³⁹ Arquivo do Centro de Estudos Piero Gobetti. A ordem do dia, aprovada pelo Grupo Romano, é a seguinte: “O grupo romano de Rivoluzione Liberale, afirmando a necessidade de um governo que seja expressão da vontade do país livremente manifestada, confirma a própria desconfiança em qualquer solução que, limitando-se a uma abstrata reivindicação das liberdades estatutárias, não supere os pressupostos políticos e econômicos do fascismo, e denuncia o equívoco dos tardios arrependimentos de elementos franqueadores, co-responsáveis pela situação atual.”

⁴⁰ Cfr. F. BASSI, *Contributo alla storia di Quarto Stato*, in “Critica sociale”, 20 de agosto – 5 de setembro de 1960; e, para ulteriores anotações e uma diversa interpretação do direcionamento político da revista, S. MERISI, *Il Quarto stato di Rosselli e Nenni e la polemica sul rinnovamento socialista nel 1926*, in “Rivista storica del socialismo”, III, 1960, n.11, p.819-28.

⁴¹ *Il diritto di libertà*, 3 de abril de 1926, assinado TULLIO ASCARELLI; *Socialismi e nazione (A proposito di un libro di Otto Bauer)*, 26 de junho de 1926, assinado GUIDO DA FERRARA; *Il programma agrario della socialdemocrazia austriaca*, 24 de julho de 1926, assinado GUIDO DA FERRARA; *Il valore del*

ao socialismo, que nos artigos de 1923 parecia puramente ideal e cultural, agora se torna aceitação real do movimento, ou, mais precisamente, do partido que ressurgiria das cinzas do velho partido, agora em dissolução, e criaria a nova democracia italiana. Ascarelli partilha o ponto de vista dos neófitos e dos renovadores, que poderia ser expresso pela proposição: o socialismo está morto, viva o socialismo.

O fascismo fragmentou a história da Itália em duas partes que jamais poderão ser reunidas. O fascismo arrastará, na sua ruína, toda a Itália de ontem, da qual fora uma continuação. A renovação ocorrerá com a democracia e o socialismo, ou, melhor dizendo, com o socialismo, que será a única condição para a instauração daquela democracia que, na Itália, jamais existiu. Entre uma luta com fins imediatos, que deve necessariamente descer á compromissos mais ou menos realistas com a classe burguesa, e uma luta a longo prazo, que aceita o fascismo como fato consumado e põe o problema da renovação radical com maior intransigência, Ascarelli propõe a segunda alternativa. Contudo, para renovar o país, antes de tudo, o socialismo deverá renovar a si mesmo. De que modo? Fascismo e socialismo representam não duas políticas diferentes, mas duas civilizações diferentes: o socialismo só será uma nova civilização quando souber expressar uma nova ética, uma ética superior, e propuser um novo ideal de homem. Qual seria essa nova ética, Ascarelli não sabia e não queria definir com detalhes demasiado precisos. Aliás, reconhecia que a exigência da nova civilização surgia “mais em sentido negativo, por oposição à atual, do que em sentido positivo”.⁴²

Não nos ponhamos agora a discutir se essa ênfase no aspecto ético do socialismo seria um passo adiante ou, infelizmente, um passo para trás, como já foi observado a respeito da batalha combatida por “Quarto stato” bem em meio ao fascismo triunfante. Poderia

socialismo, 7 de julho de 1926, assinado GUIDO DA FERRARA; *Un carattere*; *Giustino Fortunato*, 21 de julho de 1926, assinado TULLIO ASCARELLI; *Unità socialista e pregiudiziale repubblicana*, 4 de setembro de 1926, assinado GUIDO DA FERRARA.

⁴² *Il valore del socialismo*, cit.

parecer um modo de justificar a renúncia à luta, aceitar a derrota e adiar a retomada da batalha para tempos mais propícios. A julgar pela postura de aparente distanciamento, de desiludida reserva e de interesse exclusivo pelos problemas técnicos do direito que Ascarelli manteve nos anos posteriores, quando o fascismo se tornou regime e não tolerou vozes de dissenso, estaríamos tentados a dar crédito a essa interpretação.

Entre os artigos de "Quarto stato", a meu ver, merece particular menção aquele dedicado a uma rápida avaliação do livro de Francesco Ruffini, *Diritti di libertà*, publicado nas edições de Piero Gobetti naquele mesmo ano (1926). Ascarelli reconhece-lhe a causa como boa, mas não a validade dos argumentos. Não há direitos naturais anteriores ao Estado; os direitos são a expressão das forças em conflito que, a cada vez, predominam em um determinado ordenamento. Queremos a liberdade? Devemos lutar para reconquistá-la. A liberdade não se afirma por argumentos jurídicos, mas por uma decidida ação política. Mantenhamos sob os olhos essas poucas afirmações. Em uma interpretação que poderia ser denominada realista, muito mais que positivista, dos direitos subjetivos, parecem convergir, pela primeira vez, as valorações éticas do jovem intelectual politicamente empenhado e os interesses teóricos do jurista, que já empreendera a sua batalha contra os excessos do formalismo. O político e o estudioso, que até então haviam avançado sobre dois caminhos diferentes, encontram-se, mas só por um instante. A longa noite do fascismo os separará, uma segunda vez, por outros vinte anos.

4 Ao final de 1926, como vimos, Ascarelli vencera o concurso para uma cátedra universitária. Essa sua inserção acadêmica coincidia com a progressiva e definitiva consolidação do regime fascista. Para um intelectual que não tomara corajosamente o caminho do exílio e não se atirara desesperadamente à conspiração, não restou outra via senão a dos estudos politicamente esterilizados e da profissão liberal. Foram anos de intenso trabalho e de má consciência.

Entre 1926 e 1938, a trajetória universitária de Ascarelli é, uma vez mais, surpreendente. Ocupou cinco cadeiras em doze anos: em Cagliari, entre 1926 e 1929; em Catania, entre 1929 e 1932; em Parma, entre 1932 e 1933; em Pádua, entre 1932 e 1935; em Bolonha, entre 1935 e 1938. Virtude e fortuna pareciam indissolivelmente aliadas em favorecer uma ascensão talvez sem precedentes na vida acadêmica italiana. Contudo, em 1938, com o Decreto-lei de 5 de setembro, que expulsava os professores judeus das universidades, a ascensão foi bruscamente interrompida. Aos trinta e cinco anos, o *cursus honorum* precocemente iniciado foi encerrado antes do tempo. Daí em diante, o jurista experiente teria de confiar somente na virtude. Esteve entre os primeiros a se dar conta de que, na Itália, qualquer possibilidade de trabalho e de estudo estava impedida. Ao final de 1938, decidiu deixar definitivamente a Itália. Primeiro, foi a Paris e depois, a Londres, onde passou o inverno, quando a ele se juntaram a mulher e os filhos (casara-se em 1930 com Marcella Ziffer, pertencente a uma família de Trieste). Foi-lhe sugerida a possibilidade de uma modesta colocação na London School of Economics, mas a espera resultou em desilusão.

Não obstante a temerosa aproximação da guerra, preferiu estabelecer-se na França, onde foi fraternalmente acolhido por dois luminares da ciência jurídica, Georges Ripert e Maurice Picard. Prestou alguns exames de direito francês e defendeu o *doctorat* no dia da declaração de guerra italiana. Procurou familiarizar-se com o ambiente universitário e forense e exercer a profissão de advogado. Mas as primeiras aproximações não foram fáceis. Em Paris, retomou as relações, interrompidas por dez anos, com os amigos da diáspora política, reunidos, em sua maioria, em torno do movimento Giustizia e Libertà, que atravessava um período de agitadas e penosas atividades, depois do assassinato de Carlo Rosselli (em 9 de junho de 1937), mas não renunciara à sua função de estimulador da vanguarda cultural do antifascismo no exílio.⁴³

⁴³ Cfr. A. GAROSCI, *Storia dei fuorusciti*, Laterza, Bari, 1953, p.180-6.

Quando da morte de Ascarelli, Paolo Vittorelli, um dos membros ativos do movimento, relatou-nos que ele havia participado, durante sua estada em Paris, da reelaboração do pensamento giellista, colaborando na redação do "Quaderno" n. 13 de Giustizia e Libertà, que, apesar de pronto, não pôde ver a luz devido aos obstáculos interpostos pela censura francesa. A contribuição de Ascarelli consistiria em um ensaio sobre a grande indústria italiana, que seria interessante poder reencontrar.⁴⁴ Contudo, a França já não era um país seguro, sobretudo depois da guerra com a Itália. Assim, ao final de 1940, depois de uma breve estadia como refugiado em Bordeaux e nos arredores de Marselha, zarpou com a família para o Brasil, onde encontraria a sua segunda pátria. Desde o primeiro ano, foi-lhe oferecida uma cátedra na Universidade de São Paulo; depois, foi convidado a ir a Porto Alegre, Rio de Janeiro e Santiago do Chile. Dominando rapidamente a nova língua, assimilada com surpreendente maestria a matéria de um direito positivo diverso, desenvolveu ampla e afortunada atividade profissional, que em parte continuou mesmo depois de seu retorno à Itália. Ampliando a sua experiência de jurista e os seus horizontes doutrinários, escreveu numerosas obras científicas, em que repensou e reelaborou velhos temas, propôs novos, deu vazão à sua antiga vocação de comparatista.

Nos vinte anos transcorridos entre 1926 e o retorno à Itália, no final da guerra, a obra científica de Tullio Ascarelli voltou-se predominantemente para os estudos dos problemas técnicos do direito positivo italiano e, em seguida, do brasileiro. E a mim não cabe ilustrar o seu conteúdo e valor. São os anos nos quais são publicados, além de um número enorme e ainda impreciso de artigos, de notas a sentenças e de resenhas, as mais importantes entre as suas monografias: *La moneta* (1928); *Il negozio indiretto e le società commerciali* (1931); *Il concetto di titolo di credito* (1932); *Consorti volontari tra imprenditori* (1937). Em 1932, publicou a primeira edição dos *Appunti di diritto*

⁴⁴ PV. (PAOLO VITTORELLI), *Tullio Ascarelli un grande cittadino*, in "Il Punto", 28 de novembro de 1959.

commerciale, a que se seguiram outras duas edições, respectivamente, nos anos de 1934 e 1936. Em 1937, reuniu sua experiência, que já acumulava mais de uma década de estudos e ensinamentos, em uma obra de síntese, *Istituzioni di diritto commerciale*, cuja adoção foi vetada nas escolas médias depois das leis raciais. Entre as obras publicadas no Brasil, cabe recordar a coletânea intitulada *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado* (1945).

Ainda que predominantemente técnicos, os estudos desses vinte anos contêm alguns temas das teorias gerais do direito que seriam desenvolvidas nas últimas obras, nas quais me deterei em particular nos parágrafos seguintes. Embora estivesse no exercício, severamente conduzido, da tarefa dogmática, Ascarelli jamais se esqueceu da sua inicial inspiração historicista, a qual lhe fazia perceber o aspecto dinâmico do direito por meio do trabalho criativo da doutrina e da jurisprudência. Todavia, nessa primeira fase, não elaborou uma teoria da interpretação, como viria a fazer depois; limitou-se a enunciar os termos do problema sempre que lhe surgia a oportunidade. Entre os ensaios desse período, está *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale* (1934), particularmente esclarecedor para os desenvolvimentos futuros.⁴⁵

Depois de ter diferenciado uma consideração dogmática de uma consideração historicista das relações entre direito especial e direito comum, contrapõe a estática jurídica, para a qual os juristas costumam se voltar, à dinâmica jurídica, entendida como o estudo do direito vivo, “que se revela pela aplicação prática dos institutos”, de modo que a atividade dos juristas, e também apesar deles, “é verdadeiramente criativa e colabora no desenvolvimento do direito” (p.452).⁴⁶ O direito não tem caráter matemático, e o trabalho do intérprete não

⁴⁵ In *Studi in memoria di U. Ratti*, com organização e prefácio de E. ALBERTARIO, Giuffrè, Milão, 1934, p.451-95.

⁴⁶ Em *Appunti di diritto commerciale* 3, Foro Italiano, Roma, 1936, afirmava explicitamente que já se podia considerar assimilada pela nossa consciência jurídica “a função criativa historicamente assumida pela interpretação no desenvolvimento do direito” (vol. I, p.36).

pode reduzir-se a uma dedução lógica. Ao contrário, o trabalho do intérprete não pode prescindir de

valorações contínuas, de modo a fixar a regra e a exceção, determinar na unidade do sistema o estabelecimento de um princípio jurídico, valorações que têm lugar com base em todos os dados lógicos, históricos, políticos, econômicos, resultantes do sistema, com base na concepção geral do intérprete do sistema jurídico e do fenômeno social, do seu desenvolvimento histórico, do sentido da sua evolução (p.484).

Quanto às disputas metodológicas que dividem os juristas em mais formalistas e mais realistas, buscava explicá-las historicamente, relacionando a variedade dos direcionamentos com as diversas tarefas que, de acordo com as circunstâncias, os intérpretes propunham para si diante do progresso do direito, resumindo-as, então, em um contraste entre juristas conservadores e progressistas.⁴⁷ Em um período de consolidação de um sistema jurídico, era necessária uma interpretação mais rígida; em um período de transformação, era necessária uma interpretação mais flexível, mais sensível à consideração dos fins econômicos dos institutos. Mantenham-se presentes os três pontos que surgem do exame deste artigo: 1) função criadora da jurisprudência; 2) impossibilidade de eliminação de um momento valorativo no trabalho do intérprete; 3) explicação histórica das controvérsias sobre método de interpretação. Voltaremos a encontrar esses três pontos na teoria da interpretação que Ascarelli elaborou nos últimos anos. Essa atenção contínua dirigida ao direito como fenômeno histórico induziu-o a tomar, diante da dogmática, uma posição de equilíbrio entre as duas tendências extremas da admiração cega e da crítica demolidora. Em *Appunti di diritto commerciale*, escreveu:

Naturalmente, os dogmas conquistados são simples instrumentos de trabalho, não chaves-mestras capazes de abrir todas as portas! São, a

⁴⁷ A mesma tese é reiterada in *Appunti di diritto commerciale*, cit., I, p.36.

*meu ver, errôneas tanto as tendências formalistas da jurisprudência conceitual quanto as tendências daqueles que gostariam de banir da investigação jurídica o recurso à investigação dogmática.*⁴⁸

Esta postura de cautela crítica também não voltou a ser abandonada e constituiu um tema recorrente de análise futura.

A passagem dos estudos de teoria geral dos primeiríssimos anos para aqueles sobre o mesmo tema dos últimos anos, depois do longo parênteses de estudos dedicados exclusivamente ao aprofundamento de problemas específicos do direito comercial, pode ser representada pelo renovado interesse pelo direito comparado durante a estadia no Brasil. Como já foi dito, o estudo dos direitos estrangeiros não era estranho à sua originária educação de jurista, que cresceu na escola do historicismo: o seu primeiro trabalho de importância sobre a introdução das sociedades de responsabilidade limitada (1924) na Itália, fora precedido por um exame das principais legislações de outros países. O conhecimento que ele precisou adquirir sobre o direito brasileiro, e a contínua comparação, que não podia deixar de instituir na nova prática profissional, entre o direito de hoje e o de ontem, levaram-no, inevitavelmente, a aprofundar o tema fundamental da natureza e da função do direito comparado. O direito comparado estava para o espaço assim como o estudo dos vários sistemas jurídicos estava para o tempo. Por isso, esse estudo respondia à mesma exigência que o induzira a alinhar-se contra o tecnicismo anti-histórico dos juristas fechados no seu ordenamento como que em uma fortaleza assediada.

O método comparatista era a ampliação e o prolongamento do método histórico, ou, melhor dizendo, era o único aspecto do estudo global do direito que permitia um entendimento adequado do fenômeno jurídico e que era, ao mesmo tempo, histórico e sociológico. Aparentemente, Ascarelli não estava disposto a enfatizar a diferença

⁴⁸ *Appunti di diritto commerciale*, cit., I, p.35.

entre o método histórico e o sociológico. Em um artigo fundamental de 1954 viria a reduzi-los, pura e simplesmente, um ao outro.⁴⁹ O que ele diferenciava com clareza era o estudo histórico do direito, que compreendia, inclusive, as pesquisas de direito comparado, do estudo dogmático, em outras palavras, o estudo do direito na sua realidade efetiva (história e sociologia) da interpretação de um sistema jurídico com o objetivo de tornar possível a sua aplicação. Em um ensaio escrito no Brasil, intitulado *Premesse allo studio del diritto comparato*, atribuía ao estudo do direito comparado, entre outros méritos, também o de revelar, “como talvez nenhum outro, as relações entre as premissas econômicas, sociais, históricas, morais, de um lado, e a solução jurídica, de outro”, e, por conseguinte,

*de apreender ao vivo, em uma experiência concreta, o direito no seu ambiente social e de notar as influências reciprocas entre direito e ambiente (...), de apreender o real alcance econômico e social do problema jurídico.*⁵⁰

Ora, precisamente, o problema da relação entre função econômica e estrutura jurídica de um instituto seria, como veremos em seguida, uma das premissas da sua teoria geral da interpretação. Nos últimos anos, as reflexões sobre a natureza e a utilidade do direito comparado iriam se entrelaçar continuamente com as reflexões sobre a natureza e a função da interpretação.

5. O novo curso do pensamento jurídico de Tullio Ascarelli, direcionado para a elaboração de uma teoria geral do direito e da ciência jurídica, concluída, como vimos, no último ensaio sobre Hobbes e Leibniz, pode ter seu início estabelecido no ensaio *L'idea di codice nel*

⁴⁹ *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milão, 1955, p.505 em diante.

⁵⁰ Esse artigo foi primeiramente publicado no volume *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Saraiva, São Paulo, 1945 (“A idéia de código no Direito Privado e a tarefa da interpretação”, trad. port. Nicolau Naza e Aristides Lobo, p.53-98). Depois, em edição italiana, no volume *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milão, 1949, p.3-40. A citação no texto está nas p.10-1.

diritto privato e la funzione dell'interpretazione, escrito no Brasil, em 1943.⁵¹ Trata-se de um breve, porém denso, resumo sobre a história e a função do trabalho dos intérpretes do direito na secular contraposição e na atual aproximação dos dois sistemas, o continental e o inglês. O ensaio germinal, contudo, é de 1946: *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*,⁵² o escrito mais sugestivamente programático é o Prefácio de 1952 à coletânea *Studi di diritto comparato e in tema d'interpretazione*,⁵³ ao qual se seguem – decisivos sobre os problemas singulares que são pouco a pouco isolados, separadamente estudados e aprofundados a partir do interior – *Dispute metodologiche e contrasti di valutazioni* (1953),⁵⁴ *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato* (1954);⁵⁵ *Norma giuridica e realtà sociale* (1955);⁵⁶ *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione* (1957);⁵⁷ *Ordinamento giuridico e processo economico* (1958),⁵⁸ para mencionar apenas os ensaios de temática geral, e deixando de lado os de temática geral mas de conteúdo similar aos já citados.⁵⁹

Nos ensaios desses quinze anos, as repetições são frequentes: a pesquisa desenvolve-se em círculos concêntricos ao redor de um

⁵¹ Publicado primeiramente no volume *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, cit., agora em *Saggi giuridici*, cit., p.41-81; e também in *Studi di diritto comparato e in tema d'interpretazione*, Giuffrè, Milão, 1952, p.165-204.

⁵² In *Saggi giuridici*, cit., p.83-107; e também in *Studi di diritto comparato*, cit., p.55-78.

⁵³ *Op. cit.*, p.IX-LIII.

⁵⁴ In "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", VIII, 1953, p.115-23; agora in *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milão, 1955, p.467-79.

⁵⁵ In "Rivista del diritto commerciale", LII, 1954, I, p.157-84; agora in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p.481-519.

⁵⁶ In "Il diritto dell'economia", I, 1955, p.1.179-203; agora in *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milão, 1959, p.69-111.

⁵⁷ In "Rivista di diritto processuale", XII, 1957, p.351-63; agora in *Problemi giuridici*, cit., p.139-52.

⁵⁸ In *Studi in memoria di L. Mossa*, I, Cedam, Pádua, 1961, p.51-73; agora in *Problemi giuridici*, cit., I, p.39-65.

⁵⁹ *La funzione del diritto comparato e del nostro sistema di diritto privato* (1949), in *Studi di diritto comparato*, cit., p.41-54; *Il Codice civile e la sua vigenza* (1953), in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p.461-6; *Anrigone e Porzia* (1955), in *Problemi giuridici*, cit., I, p.5-15; *Certeza del diritto e autonomia delle parti* (1956), *ibid.*, I, p.113-36; *Étude comparative et interprétation du droit* (1958), *ibid.*, I, p.319-37; *Unificazione del diritto dello stato e tecnica dell'interpretazione*, *ibid.*, I, p.339-54; Prefácio aos dois volumes de *Problemi giuridici*, cit., I, p.IX-XIII.

núcleo de idéias que permanece substancialmente o mesmo dos primeiros aos últimos ensaios. Entretanto, ora um detalhe é aperfeiçoado, ora é acrescentada uma referência a um novo livro, ora a análise de um ponto vital avança, ora é conduzida, sobre este ou aquele campo, uma operação de verificação histórica das teses sustentadas. Não há ensaio em que as teses principais não voltem a ser expostas, reformuladas ou até reelaboradas todas ao mesmo tempo, talvez com palavras diferentes ou com ênfase diferente sobre este ou aquele aspecto, como se o autor tivesse necessidade de recordá-las a si próprio antes de reapresentá-las aos leitores, em um trabalho contínuo de reexumação e reordenação. Por isso, uma exposição do pensamento de Ascarelli desse último período não pode ser feita artigo por artigo, mas deve desenvolver-se segundo uma ordem sistemática.

O pensamento de Ascarelli é um dos aspectos da reação atual ao positivismo jurídico. No âmbito dos estudos de direito privado na Itália, é o aspecto historicamente mais importante.⁶⁰ Isto explica também o fato de Ascarelli ter dado particular desenvolvimento a algumas de suas idéias gerais sobre direito e ciência jurídica precisamente nesses últimos anos. A reação antipositivista na Itália é recente, e, apenas depois da Segunda Guerra Mundial, os nossos juristas, que estavam entre os mais fiéis ao método dogmático, começaram a alterar o jogo. Neste contexto, a obra de Ascarelli teve uma função estimuladora e crítica, de um lado, e uma função mediadora entre o mais avançado pensamento jurídico dos outros países, sobretudo dos países anglo-saxões, e o pensamento italiano, por outro. Procurei indicar alhures algumas características da teoria do positivismo jurídico e as resumi nestes cinco pontos principais: definição do direito do ponto de vista da coação, teoria imperativista da norma jurídica, primado da lei, isto é, da vontade geral, sobre todas as outras fontes de produção jurídica, teoria da completude (e, por

⁶⁰ Esse tema foi desenvolvido pelo primeiro estudioso do pensamento jurídico ascarelliano, L. CAJANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Cedam, Pádua, 1955. p.129 em diante.

vezes, também da coerência) do ordenamento jurídico, teoria mecanicista da interpretação.⁶¹

A crítica de Ascarelli dirige-se sobretudo à teoria positivista das fontes e da interpretação, de modo especialíssimo a esta última. Os outros pontos são deixados à sombra. Em uma primeira aproximação, poderíamos dizer que a batalha de Ascarelli foi conduzida com particular intensidade contra o dogma do legalismo jurídico, no tema das fontes, e contra o dogma do logicismo jurídico, no tema da interpretação: dogmas estreitamente vinculados, porque representam dois aspectos do formalismo jurídico. É necessária, aliás, uma segunda especificação preliminar: na revolta contra o positivismo jurídico e o formalismo, é preciso diferenciar os críticos extremistas dos moderados. Ascarelli pertence, sem sombra de dúvida, aos segundos. Dá largo espaço à sociologia, mas jamais perde de vista a diferença, que continua a parecer-lhe essencial, entre ponto de vista sociológico e ponto de vista normativo; afasta-se decididamente do formalismo da velha escola positivista, mas não se lança impensadamente nos braços do realismo; condena o conceitualismo, mas não coloca fora de uso aqueles instrumentos indispensáveis ao jurista, que são os conceitos jurídicos; refuta o rigorismo, a chamada rigidez da linguagem jurídica, mas não a exigência do rigor; coloca em destaque os limites da lógica no raciocínio jurídico, mas não se prosterna diante do milagre da intuição; não acredita no silogismo judicial que resume o trabalho do juiz a um raciocínio lógico, mas não se fia na equidade (que, de hábito, nunca é bem definida). O propósito fundamental que o anima e o impulsiona adiante em busca de uma solução nova e, ao mesmo tempo, não perturbadora, o qual, a cada escrito, volta a ser martelado, é entender e fazer entender o sentido do trabalho e da função da juris-

⁶¹ Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (Lições de filosofia do direito reunidas pelo dr. Nello Morra), Cooperativa libraria universitaria torinese, Turim, 1962 [*O positivismo jurídico - lições de filosofia do direito*, trad. port. Márcio Pugliese, São Paulo, Ícone, 1995]. Além disso, id., *Sul positivismo giuridico*, in "Rivista di filosofia", LII, 1961, p.14-34; id., *Ancora sul positivismo giuridico*, idem. LIII, 1962, p.335-45. Depois, os meus vários ensaios sobre o tema foram reunidos no volume *Giuridicismo e positivismo giuridico*, 2. ed., Edizioni di Comunità, Milão, 1965, 1972.

prudência, que se expressa nas duas exigências, aparentemente contraditórias, da criação e da continuidade, ou, mais exatamente, da criação na continuidade.

5. No que concerne ao dogma positivista da supremacia da lei, um estudioso do direito comercial não insensível às vantagens do método histórico estava na melhor das condições para mostrar, a partir do interior, sua fragilidade e inconsistência teórica. O direito comercial, não diversamente do direito internacional, fora, no período da sua formação, um direito predominantemente consuetudinário e derivado de pactos. A recepção por parte do ordenamento estatal viera depois. Antes de tornar-se um setor do direito estatal, cuja fonte primária de produção jurídica é a lei, fora um “direito dos particulares”. Entretanto, essa sua origem jamais pôde ser completamente eliminada: aqueles mesmos “particulares” que o criaram, por necessidade de suas trocas econômicas, na passagem de uma economia agrícola feudal para uma economia mercantil pré-capitalista, continuavam a empregá-lo, a manipulá-lo, a adaptá-lo aos seus fins, e, assim, a elaborá-lo, a modificá-lo, a remodelá-lo, por baixo e a despeito da proteção estatal, na passagem de uma economia capitalista primitiva, fundada sobre a pequena empresa artesanal, para a economia capitalista da grande empresa, depois da primeira, e mais ainda, depois da segunda revolução industrial. Desde os seus primeiros estudos, Ascarelli afirmara claramente que, para entender o direito comercial, era necessário estudá-lo historicamente, e repetira com frequência a tese de que o direito comercial era o direito que nascera das exigências da sociedade capitalista.⁶²

Não por acaso, foram os estudiosos do direito comercial, ao menos na Itália, que restabeleceram a importância da natureza das coisas entre as fontes do direito (pensemos em Asquini e no próprio

⁶² Cfr. *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit. Ver. ainda, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione* (1953), in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p.7-33.

Vivante). A natureza das coisas teve para o direito privado a mesma função que o direito natural teve para a elaboração do direito internacional: de fonte ou fundamento de regras que não podiam ser retiradas de um *corpus iuris* pré-constituído, isto é, de um direito positivo reconhecido e consolidado. Ascarelli já observara com razão, em um longínquo ensaio de 1935, que “natureza das coisas” era substancialmente um conceito obscuro e equívoco. Neste ensaio, contra a natureza das coisas como fonte, apresentou em primeiro lugar uma objeção decisiva, chamando a atenção para a diferença essencial entre fato e valor:

*O elemento técnico, a natureza das coisas” [afirmara ele] “não pode (...), por si só, dar lugar a uma regulamentação jurídica, se é verdade que o direito consiste em uma valoração normativa e, portanto, em uma valoração das diferenças técnicas e econômicas para os fins de sua relevância jurídica.”*⁶³

Mas isto não o impediu de ver, por trás da exigência que se expressava no recurso à natureza das coisas, uma necessidade real de entender e justificar a evolução de um direito que nasceu para disciplinar relações econômicas que se desenvolvem, em grande parte, fora da esfera de domínio direto do poder estatal, isto é, independentemente das diretivas políticas dos parlamentos e do controle da burocracia. Precisamente devido a essa relação direta com a sua matriz econômica, o direito comercial era um campo de observações extremamente fértil para o estudo das relações entre direito e sociedade, de um lado, e entre direito social e direito estatal, de outro, (embora Ascarelli jamais se sirva dessa dicotomia e não enfrente de perto o problema da pluralidade dos ordenamentos jurídicos e das

⁶³ *L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche e del diritto agrario*, in *Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario*. Tip. Editrice Mariano Ricci, Florença, 1935, p.105. Cfr., também, o Prefácio aos *Saggi di diritto commerciale*, cit. p.3, em que especifica que é preciso dar-se conta dos fatos que se deseja regular, e isto significa recorrer à natureza das coisas, mas não é preciso substituir o direito pela sociologia, confundindo as constatações históricas com as valorações normativas.

suas relações). Reforçando essa sua convicção, estimulando suas reflexões e direcionando-as para as complexas relações entre direito e sociedade em um horizonte cada vez mais vasto, interveio, em um segundo momento, o estudo do direito comparado, que revelou, em suas palavras, “como talvez nenhum outro, as relações entre as premissas econômicas, sociais, históricas, morais, de um lado, e a solução jurídica, de outro”.⁶⁴

Sobre o problema da relação entre direito e sociedade, em particular sobre o vínculo de dependência do direito para com a sociedade, Ascarelli chegou a se pronunciar explicitamente nas mais diversas ocasiões. Entre as várias formulações dessa tese, escolho a seguinte:

*As normas são postas em relação às exigências da vida consociada, e não como desenvolvimento lógico de ações preestabelecidas; a sua explicação reencontra-se no terreno da história, e não no da harmonia lógica.*⁶⁵

Mesmo que Ascarelli não o diga explicitamente, uma posição desse tipo tinha dois alvos polêmicos: o racionalismo matematizante do jusnaturalismo e o logicismo do conceitualismo ou construtivismo, já criticado por Jhering da segunda maneira. Ascarelli costumava reassumir essa sua posição dizendo sinteticamente que o direito é história.⁶⁶ Com isto, pretendia dizer que o direito é um produto cambiante do processo histórico, e não de raciocínios abstratos, segundo o ideal universalista que sempre renasce entre os juristas em períodos de grandes conflitos sociais e de lacerações ideológicas. A proposição de Ascarelli traz à mente a celebrérrima frase com que o juiz Holmes iniciara sua obra sobre direito comum: “O direito não é lógica, mas experiência”. Não é difícil perceber que o termo “experiência” assume, em uma tradição filosófica empirista, como era aquela na qual se

⁶⁴ *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p.10.

⁶⁵ *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., p.482.

⁶⁶ Por exemplo, in *Per uno studio della realtà giuridica effettuale* (1956), in *Problemi giuridici*, cit., II, p.805: “Dito advém que o direito não é desdobramento de princípios abstratos, mas é história...”.

insere Holmes, o mesmo significado eulógico e vagamente prescritivo do termo “história” em uma tradição de filosofia historicista, como era aquela em que Ascarelli constantemente se inspirara. Em ambos os casos, a proposição continha uma dupla advertência: 1) deve-se considerar o direito na prática, e não nos livros (segundo a distinção, inúmeras vezes reafirmada por Pound, entre *law in action and law in books*); 2) deve-se perceber, no trabalho do intérprete, o momento da valoração e o da criação, inclusive por trás da fundamentação lógica, com a ajuda da qual o discurso do jurista é, de hábito, fabricado.

A primeira advertência (falaremos da segunda no parágrafo seguinte) foi, para Ascarelli, ocasião para freqüentes observações, jamais reunidas sistematicamente, sobre a situação do direito comercial – em particular do direito empresarial, durante a rápida transformação econômica que ocorreu na Itália depois da Segunda Guerra Mundial – e da legislação e dos estudos jurídicos, cada um dos quais anacronicamente atrasados por se fundarem em posições há muito superadas. Em relação à contraposição entre o direito nos códigos e o direito na prática, jamais perdeu a oportunidade de chamar a atenção para o fato de que institutos regulados pelo código e sobre os quais alguns juristas talvez escrevessem dought monografias jamais entraram em vigor, enquanto, por outro lado, institutos importantes, como as *holdings*, eram negligenciados e abandonados ao desenvolvimento espontâneo (ou pretensamente espontâneo) das forças sociais.⁶⁷ Um direito tão sensível às exigências do desenvolvimento econômico, como o direito empresarial, estava em contínua transformação e criava, nesta transformação, novas regras, as quais integravam e modificavam as antigas sem que, com freqüência, o jurista doutrinário se desse conta disso. Essas regras, afinal, criadas a partir da prática mutável, apesar e a despeito do legislador – imóvel por natureza e imobilizado pela concepção voluntarista da interpretação –, eram, freqüentemente,

⁶⁷ Ver, particularmente, *Il Codice civile e la sua vigenza* (1953), in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p.461-6.

expressão da vontade de potência das classes dominantes. O chamado direito espontâneo, que se forma, ou se acredita formar-se, diretamente pelo livre jogo das forças em luta, é sempre o direito do mais forte. O chamado ao estudo da realidade efetiva do direito continha, nas intenções de Ascarelli, um convite aos juristas para que se pusessem problemas não apenas de interpretação do direito posto, mas também de reforma: “O problema do jurista” – dizia ele – “é, de um lado, dar-se conta do mundo que o circunda, de outro, elaborar um pensamento jurídico que seja instrumento de inteligência e ação, de entendimento do presente e de ação para o futuro”.⁶⁸

O fenômeno econômico novo – ao qual Ascarelli adorava referir-se para acentuar o distanciamento do tempo presente face ao tempo em que se formaram as leis que ainda hoje nos regem – era a produção industrial de massa, que a cada dia fazia sentir mais a necessidade de novas regras jurídicas. Se os juristas não providenciavam a formulação dessas regras, elas se formavam igualmente na prática dos negócios e eram impostas pelos grupos mais poderosos. Infelizmente, o mundo econômico considerado a partir do Código Napoleônico e dos códigos que o seguiram era ainda o mundo econômico de

*um capitalismo nascente, mais comercial do que industrial, de pequenos produtores, em vez de grandes complexos industriais; de uma sociedade em cujas classes médias e altas prevalecem rendas de capital e bens hereditários; de uma sociedade em que prevalecem a produção agrícola e o investimento imobiliário, ainda que novas forças já tivessem vitoriosamente se afirmado; de uma sociedade em que é desconhecido, ou quase desconhecido, o trabalho da mulher das classes médias ou altas.*⁶⁹

Diante dessa discrepância entre direito escrito e direito não escrito, não era remédio suficiente o estudo da prática dos tribunais,

⁶⁸ *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p.101.

⁶⁹ *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p.101.

pela simples razão de que uma das características desse novo direito da sociedade contemporânea é a reduzida litigiosidade, ou, melhor dizendo, o recurso, para a solução das controvérsias, a remédios diferentes do tradicional, previsto e regulado pelo ordenamento judiciário do Estado. Um dos temas caros a Ascarelli, nos últimos anos, foi a relação entre tipos de sociedade e maior ou menor frequência da litigiosidade, bem como a relação entre causas da litigiosidade e os vários métodos de solução dos litígios.⁷⁰ Como se vê, quando ele insistia na necessidade de estudar a realidade jurídica efetiva, convidava o jurista a abandonar os caminhos habituais de informação sobre o direito vigente e a embrenhar-se na estrada acidentada, inexplorada, acessível apenas aos especialistas, do estudo da sociedade econômica em seu desenvolvimento.

O problema da relação entre direito e sociedade resumia-se à relação bem mais determinada entre direito e economia, entre um certo tipo de ordenamento jurídico e um certo sistema econômico. Contudo, que o direito fosse a expressão das relações econômicas jamais significou, para Ascarelli, que o direito fosse o simples produto do sistema econômico. Sob certos aspectos, podia-se considerar o sistema econômico como um produto do direito, isto é, das regras acordadas ou impostas que, por vezes, eram formuladas para dar a uma relação esta, e não aquela, disciplina. Creio que ele pensasse em uma integração ou em uma interdependência entre exigência econômica e regra jurídica. Certa vez, sugeriu a idéia, que talvez merecesse ser mais aprofundada, de que o direito fizesse parte do sistema econômico e que, portanto, o tradicional problema das relações entre direito e economia fosse definitivamente um problema mal colocado, porque as regras jurídicas são, elas mesmas, um elemento constitutivo de um determinado sistema econômico, no sentido de que contribuem para formá-lo, isto é, para forjá-lo de um modo e não de outro. Uma expressão característica dessa idéia me parece ser a seguinte:

⁷⁰ O ensaio mais completo sobre o tema é *Per uno studio della realtà giuridica effettuale*, in *Problemi giuridici*, cit., II, p.803-26.

*A disciplina jurídica não constitui forma variável de uma substância constante, em uma contraposição que pressuporia, precisamente, uma legalidade econômica natural; constitui, ela própria, elemento da estrutura econômica, cujos efeitos e procedimentos estão em função das regras que resultam em ação, e vice-versa.*⁷¹

A idéia de que o direito não poderia transformar a economia era, pura e simplesmente, o reflexo de uma ideologia (reacionária), isto é, do desejo de que o direito não intervisse para a transformação vantajosa às classes deserdadas pelo sistema econômico existente. Era o reflexo da concepção que se apresentava como científica, mas que era, na realidade, política, segundo a qual existe uma economia natural, à qual corresponde a ideologia do direito natural. No entanto, mesmo a pretensa economia natural era artificial, ou seja, era o reconhecimento e a atribuição de certos poderes que dela excluíam certos outros. E, para a criação desse artifício, tiveram o seu papel a aceitação e a imposição de determinadas regras jurídicas, e não de outras. Em outras ocasiões, Ascarelli deteve-se nas transformações econômicas produzidas por mudanças legislativas. Por isso, participou com ardor, sobretudo nos últimos anos – não me esqueço da militância política dos anos de juventude –, de movimentos de reforma legislativa, os quais mencionaremos no penúltimo parágrafo.

O vínculo entre direito e economia assim entendido constituiu a premissa para uma impostação metodológica mais rigorosa da atividade do jurista, o qual, ao estudar um instituto, deve observar, ao mesmo tempo, sua estrutura normativa e sua função econômica. A exigência dessa dupla pesquisa nascia do fato, bem conhecido dos estudiosos do direito comparado, de que uma função idêntica pode freqüentemente ser exercida por estruturas distintas, ou vice-versa, uma mesma estrutura pode vir a assumir, em épocas diferentes, funções diferentes. Por isso, não bastava considerar a estrutura: era pre-

⁷¹ *Ordinamento giuridico e processo economico*, cit., p.47.

ciso, caso a caso, verificar a qual função ela correspondia. Nesse destaque dado à função econômica do instituto, Ascarelli posicionava-se contra o formalismo tradicional e abria caminho para uma visão mais rigorosa e historicamente adequada da tarefa da interpretação no desenvolvimento histórico do direito. Talvez não tenha sido estranha, sobretudo nos últimos anos, a formação em sua mente dessa concepção do variado modo de comportamento da relação entre estrutura e função, o influxo ou, pelo menos, uma reminiscência, de Karl Renner, que ele conhecera pessoalmente em Viena, em 1934.⁷²

7. O problema da interpretação esteve no centro dos seus interesses teóricos nos últimos estudos e constituiu, ao mesmo tempo, um retorno às origens (iniciara, como vimos, em 1925, com um amplo ensaio sobre o problema das lacunas). Ao se colocar, repetidamente, o problema da interpretação, ele se propôs intervir autorizadamente na famosa batalha dos métodos, que dividira, e ainda divide, os juristas em duas fileiras opostas, mas concebeu a sua intervenção mais como o juízo de um árbitro do que como a defesa de uma ou outra parte ou como a proposta de um novo método. Em primeiro lugar, repetiu, em muitas ocasiões, que a sua tarefa não era prescritiva, mas simplesmente histórica e descritiva.⁷³ Seu objetivo não era ensinar qual seria o melhor modo de exercer o papel de intérprete, mas, sim, observar e explicar como de fato agiam e sempre agiram os intérpretes, mesmo sem o saber, ou acreditando fazer coisas diferentes daquilo que na realidade faziam. Sua teoria da interpretação não era uma preceptística, mas um estudo histórico-crítico. Precisamente por isso, se diferenciava em essência das habituais teorias da interpretação, que eram ideologias mascaradas. Em segundo lugar, sustentava, com efeito, que os chamados métodos de interpretação eram o reflexo de posicionamentos ético-políticos e, portanto,

⁷² De uma carta inédita à mulher, datada de 19 de setembro de 1957.

⁷³ Abertamente no Prefácio aos dois volumes de *Problemi giuridici*, cit., I, p.X.

não existia o “bom método”, isto é, o método por excelência, do qual se pudesse demonstrar a validade absoluta, em qualquer tempo e em qualquer lugar. Existiam, sim, métodos bons para alcançar um determinado fim político e métodos bons para alcançar um outro fim, e, portanto, cada tempo e lugar tinham o próprio melhor método.⁷⁴ A famosa disputa metodológica entre conceitualismo e jurisprudência dos interesses encobria um contraste entre uma jurisprudência conservadora e uma jurisprudência inovadora. Por isso, quando ele dizia posicionar-se diante do problema da interpretação como historiador, queria dar a entender que não possuía nenhum método novo a anunciar, mas que se propunha a compreender historicamente em que consistia, de fato, a técnica da interpretação, qualquer que fosse o método perseguido (ou, o que dava no mesmo, a ideologia implícita).

As reflexões de Ascarelli em torno do problema da interpretação podem ser agrupadas ao redor de dois grandes temas: a natureza e a função da interpretação. No que se refere à natureza, a interpretação é, para ele, não declarativa, mas criativa. Este sempre foi um dos pontos estáveis de sua visão realista e dinâmica do direito. Rejeitando as costumeiras metáforas da interpretação como cópia fotográfica ou como reflexo do direito já posto, ele adotou a metáfora da semente e da planta, segundo a qual o ordenamento jurídico cresce sobre si mesmo e desenvolve-se por meio do trabalho do intérprete, do qual a lei dada é o gérmen fecundador.⁷⁵ Sem metáforas, a interpretação, independentemente do que o jurista pense do próprio trabalho, jamais é apenas desenvolvimento lógico de premissas, ou seja, mera explicitação do implícito, mas é sempre, também, acréscimo, adaptação, integração, em suma, trabalho contínuo de reformulação, e, portanto, de renovação do *corpus iuris*.⁷⁶ O jurista não é um lógico que

⁷⁴ Cfr., em particular, *Dispute metodologiche e contrasti di valutazioni*, in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 467-79.

⁷⁵ *Antigone e Porzia*, in *Problemi giuridici*, cit., I, p. 14.

⁷⁶ Para uma exposição sintética e clara dessa tese, ler o n.3 do ensaio *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, cit., I, p. 71-5.

apenas manipula algumas regras, mas um engenheiro que se serve de regras para constituir novas casas, novas fábricas, novas máquinas. Quando Ascarelli quer falar do trabalho criador da interpretação, introduz um termo que talvez devesse ser mais bem definido: “valoração”. Não há lei que, para ser aplicada, não tenha necessidade de ser interpretada, de modo que a interpretação é uma operação não subsidiária, mas necessária. Não há interpretação que não obrigue o intérprete a tomar posição diante desta ou daquela alternativa e, portanto, a expressar uma valoração pessoal. Por “valoração”, Ascarelli entende a enunciação de uma solução não extraída logicamente ou tautologicamente das premissas postas pelo legislador, mas deduzida de uma preferência que revela uma orientação pessoal.

Para demonstrar o caráter valorativo da interpretação, Ascarelli costumava referir-se, sobretudo, a três aspectos característicos da técnica interpretativa, pelos quais o intérprete não pode encontrar uma solução no sistema, mas, antes, seu uso torna possível a aplicação e, definitivamente, a eficácia do sistema: 1) a reconstrução sistemática do ordenamento, que nunca é, em momento algum, pressuposta, mas é sempre o produto provisório e mutável da reconstrução interpretativa; 2) a procura pela *ratio legis*, que algumas vezes permite ao intérprete encobrir a discrepância entre estrutura normativa e função econômica e que, de qualquer modo, é um dos meios mais eficazes para adaptar velhas normas a novas realidades; 3) a reconstrução tipológica da realidade social. Este último ponto, ao qual Ascarelli retorna inúmeras vezes nos últimos escritos,⁷⁷ merece uma ilustração particular pela sua novidade, ao menos na doutrina italiana.

Entre os conceitos de que se serve o jurista, é preciso distinguir, segundo Ascarelli, os atinentes ao ordenamento tipológico da realidade social, tais como dolo, erro, culpa, vício redibitório, e os que

⁷⁷ *Sul concetto di titolo di credito* (1954), in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p.573-7; *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica* (1954), *ibid.*, p.129-217, em particular n.22; *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., n.4. *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, cit., n.4.

expressam e resumem uma disciplina normativa, tais como nulidade, decadência, anulabilidade. Estes últimos têm um significado fixo e os primeiros, variável, no sentido de que são preenchidos por novos conteúdos conforme variam a sociedade e as relações sociais. Qual é o conteúdo variável desses conceitos, o intérprete é chamado a estabelecer quando a norma abstrata, que contém um desses termos, deve ser aplicada; e deve estabelecê-lo observando a realidade. Por isso, nessa operação, o intérprete está, por assim dizer, abandonado a si mesmo, ou, mais exatamente, atinge a solução por orientações gerais ético-políticas às quais adere (mesmo que acredite ser absolutamente neutro).

Para expressar o radicalismo da sua posição, Ascarelli afirma que mesmo o mais simples dos textos – “Abra a porta” – implica uma reconstrução tipológica da realidade ou, pelo menos, uma pesquisa sobre o que se deva entender, no caso específico, por “abrir” e por “porta”. Abrir inclui também o entreabrir e o escancarar? Porta é uma abertura com forma determinada, e qual? Em última análise, o intérprete, que pode ser, em uma norma tão simples, o próprio destinatário da norma, por mais que recorra ao sistema ou à *ratio* do legislador, sempre se encontrará diante de alternativas entre as quais deverá decidir: e qualquer decisão pressupõe uma valoração. Uma situação jurídica nunca é completa e acabada, porque as normas contêm referências a uma tipologia de coisas, atos, eventos, que mudam no tempo. A determinação dos tipos variáveis cabe ao intérprete. Se não existisse o intérprete, a norma não poderia sequer ser aplicada, por falta de uma referência específica à realidade, que deve ser regulada.

Qual é, para Ascarelli, a função da interpretação resulta, afinal, bastante claro a partir daquilo que foi dito acerca de sua natureza: a interpretação constitui “a ponte necessária entre o *corpus iuris* e a mutável realidade”.⁷⁸ Disto derivam duas características amiúde desconhecidas:

⁷⁸ *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p.73.

em primeiro lugar, a interpretação é necessária no sentido de que uma norma existe, isto é, é eficaz somente porque é interpretada; em segundo lugar, incorpora-se ao sistema, pelo que normas e interpretações das normas constituem um único sistema que atua no tempo. Em outras palavras, um sistema jurídico é o conjunto das normas dadas e mais o conjunto das interpretações que a cada situação tornaram possível a aplicação, e, por isso, a eficácia, das normas dadas. Um sistema jurídico não é um dado, mas um processo contínuo no tempo. Se quisermos, a sua unidade não é um pressuposto, mas um resultado. Tal concepção do ordenamento jurídico pode ser denominada de concepção dinâmica do ordenamento; mas é preciso ter o cuidado de distingui-la da teoria dinâmica do ordenamento de Kelsen. Distinguímo-la, aliás, não para excluí-la, mas para integrá-la. As duas têm em comum, ainda que nem Kelsen nem Ascarelli o reconheçam expressamente, a atribuição ao ordenamento jurídico de uma dimensão temporal, além da espacial, que atingiu a sua mais completa formulação na representação do ordenamento como uma pirâmide.⁷⁹ O ordenamento jurídico, em outras palavras, é um processo, um sistema por vir, um todo móvel e semovente no tempo, uma espécie de corrente de rio que se avoluma ao longo do caminho, mas que é sempre o mesmo rio. Neste processo, a interpretação é como o afluente que contribui para o crescimento da massa de água; mas, uma vez confluído na corrente, dela não mais se distingue.

A interpretação cumpre a própria função mantendo a continuidade do sistema. A discussão de Ascarelli sobre a interpretação movimenta-se sempre entre dois pólos, o da criatividade e o da continuidade. Infelizmente, esse conceito de continuidade, não obstante o papel importante que assume na teoria, jamais foi desenvolvido analiticamente. Entende-se para que serve (para evitar o fácil abandono às correntes do direito livre, isto é, da criação contínua); mas não se entende bem como deva ser compreendido. Continuidade

⁷⁹ A. G. CONTE, "Ordinamento giuridico", in *Novissimo digesto italiano*, vol. XII.

em relação a quê? Aos princípios gerais do sistema? Aos princípios de cada instituto? Aos precedentes jurisprudenciais? Essa continuidade é uma exigência à qual o jurista deve permanecer fiel até os limites do possível? Ou é um fato que o historiador constata estudando o trabalho dos juristas em diferentes sistemas? Mas se é um fato, como se inserem nesse fato as chamadas inovações jurisprudenciais, das quais, com frequência, o próprio Ascarelli oferece exemplos bastante conhecidos? Qual relação se pode estabelecer entre inovação e continuidade? É certo que as técnicas interpretativas sejam técnicas que visam reconduzir os casos novos à unidade do sistema, das ficções (*finzioni*) à analogia. Mas aceitando as técnicas por aquilo que presumem ser, não se arrisca a confundir, uma vez mais, aquilo que os juristas dizem fazer com aquilo que realmente fazem? Ora, o interesse das reflexões de Ascarelli está na demolição do velho pré-juízo legalista, segundo o qual a interpretação era predominantemente uma operação lógica, enquanto, de fato, nunca o foi. Mas a continuidade não é, também ela, um pré-juízo? Estamos mesmo seguros de que a interpretação se apresenta como continuação, quando na realidade é, por vezes, inovação e ruptura? A falta de aprofundamento desse ponto pode ser explicada, a meu ver, pelo fato de que, neste ponto, Ascarelli abandona sem avisar o terreno da constatação histórica, no qual declara inúmeras vezes ter-se fixado, e deixa transparecer as próprias preferências práticas: a continuidade não é um fato constatado, mas um valor a que o bom jurista deveria se apegar. É uma exigência à qual não pode renunciar quem se movimenta, como faz Ascarelli, entre duas ideologias opostas, o conceitualismo radical e o radical realismo, em uma posição que há pouco chamei antiformalismo moderado.⁸⁰

É. Em Ascarelli, a exposição do próprio pensamento vem acompanhada por uma crítica persistente ao pensamento alheio.

⁸⁰ Para uma crítica rigorosa à teoria ascarelliana da interpretação, v. G. TIDESCHI, *Insufficiency of the legal norm and loyalty of the interpreter*, in *The Israel Academy of Sciences and Humanities. Proceedings*, I, n.3, Jerusalém, 1963, p.1-22 (excerto).

Não há corrente metodológica antiga ou moderna ou recentíssima que fuja à sua pontaria geralmente certa. Critica Hart e Tammelo, Coing e Klug. Em relação a cada um deles, indica afinidades e diferenças. Sua crítica apresenta-se, continuamente, ao menos em três frentes opostas entre si: a frente do conceitualismo tradicional, cuja continuidade reconhece em recentes tentativas de redirecionar o raciocínio jurídico aos esquemas da lógica formal (Magni, Klug)⁸¹ e em algumas formulações neopositivistas (faz referência, inclusive, a alguns dos meus estudos);⁸² a frente do realismo sociológico, em que insere também a teoria da natureza dos fatos como fonte do direito; e a frente do direito livre ou da criatividade desregulada, de que a confiança no juízo de equidade é expressão típica e recorrente. Levando em consideração esses três alvos polêmicos, a *pars destruens* do pensamento de Ascarelli pode ser resumida nestas três afirmações: 1) a interpretação não é lógica, e, portanto, a chamada ciência jurídica nada tem a ver com as ciências formais; 2) a interpretação não é uma pesquisa factual, e, portanto, a ciência jurídica nada tem a ver com as ciências empíricas; 3) a interpretação não é mera intuição pessoal, expressão de emoções ou sentimentos. Aliás, a interpretação não ser lógica no sentido estrito da palavra não significa que seja uma atividade irracional, pois obedece a regras que servem para garantir certos resultados, mesmo que não sejam regras lógicas: Ascarelli aceita o rigor, mas refuta a rigorização. A interpretação não se resumir a uma pesquisa factual não exclui que a pesquisa sobre a natureza dos fatos seja preliminarmente necessária: apesar de condenar o sociologismo, Ascarelli reconhece a importante contribuição que a sociologia

⁸¹ Para a crítica aos estudos de MAGNI, cfr. o prefácio aos *Studi di diritto comparato*, cit., p. XXIX-XXXI, nota 21; aos de KLUG, *Dispute metodologiche e contrasti di valutazioni*, cit., p. 473 em diante. Observações sobre o uso da lógica com referência a I. TAMMELLO, in *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica* (1956), in *Problemi giuridici*, cit., I, p. 100, em nota.

⁸² Sobre o neopositivismo, cfr. o Prefácio aos *Studi di diritto comparato*, cit., p. XXVI-XXVII, nota 19; com alusão, suponho, aos estudos de Scarpelli: "As tentativas neopositivistas, embora recentemente elaboradas com fina perspicácia, sucumbem, de qualquer forma, diante da impossibilidade de qualquer controle experimental do direito, que se estabelece como estrutura de ação". (*Certeza del diritto e autonomia delle parti*, in *Problemi giuridici*, cit., I, p. 124, nota 11); *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica*, *ibid.*, I, p. 179, nota 11.

pode oferecer ao jurista. A interpretação não ser intuição irracional não deve impedir a via do reconhecimento da inevitabilidade, em última instância, das valorações pessoais do intérprete na decisão do caso.

Eu estaria tentado a afirmar que Ascarelli considera cada um dos adversários fazendo algumas concessões aos outros dois, para então, ao final, colocá-los em oposição entre si. Da teoria da equidade, reconhece o mérito da ausência de pré-julgamentos, diante do falso e presunçoso logicismo, mas reprova a escassa importância atribuída aos conceitos jurídicos. Do conceitualismo, reconhece o mérito de levar em consideração os conceitos jurídicos, mas reprova o mau uso deles, o uso dogmático ao invés de crítico, rígido ao invés de flexível, e a ausência de distinção entre tipologia social historicamente variável e conceitos atinentes à disciplina normativa. Do realismo, reconhece o mérito de ter inculcado o respeito aos fatos, mas reprova o fato de ter caído no erro do naturalismo ingênuo, que consiste em pretender deduzir um juízo de valor de um juízo de fato. E, assim, o intuicionismo é combatido com as armas do conceitualismo; o conceitualismo, com as armas do realismo; o realismo, com as armas do intuicionismo. O critério último em que Ascarelli confia para distinguir o que deve ser aceito do que deve ser rejeitado é, uma vez mais, a antítese entre historicismo e anti-historicismo. O que é uma última prova da continuidade do seu pensamento. Com efeito, das três posições, acolhe aquilo que não contraria as exigências de uma concepção historicista: mais precisamente, o uso instrumental dos conceitos jurídicos em relação ao conceitualismo, o estudo do ambiente social para o melhor entendimento de um instituto em relação ao realismo, a inevitável relatividade histórica das valorações em relação ao intuicionismo. Rejeita aquilo que uma concepção historicista não pode aceitar, isto é, a crença em uma ordem racional e em uma natureza pré-constituída em relação às duas primeiras posições, a arbitrariedade veleidosa em relação à terceira.

Para essa posição polivalente, mas ainda não consolidada em uma teoria coerente e completa, foi extremamente fecundo, nos últimos anos, o encontro de Ascarelli com a “nouvelle rhétorique” de Ch. Perelman, uma teoria que, restabelecendo a importância da retórica, distinta da lógica, refuta o infecundo domínio da lógica no raciocínio moral, sem cair nos braços do irracionalismo. O mundo dos valores não é domínio do irracional, mas de uma forma particular de raciocínio, que visa à persuasão mediante a argumentação: os valores não são demonstrados, mas argumentados. Vale a pena reportar-nos a este reconhecimento, que se encontra em uma das últimas páginas que dele restaram (o *Traité de l'argumentation*, de Perelman e Olbrechts-Tyteca, ao qual a citação seguinte se refere, foi publicado em 1958):

Para mim foi um grande conforto encontrar nas páginas deste tratado observações de caráter geral análogas àquelas que, movido pela necessidade de esclarecer a mim mesmo a minha experiência de jurista, eu apresentara em relação à interpretação jurídica nos estudos que voltam a ser publicados neste volume e naqueles reunidos nos volumes de 1952 e 1955.⁸³

No prefácio à última coletânea de ensaios, publicada postumamente, encontra-se uma afirmação que é, ao mesmo tempo, a conclusão da crítica às teorias opostas e a indicação de uma saída: “Eu ousaria afirmar que, entre nós, o problema do jurista é superar uma antinomia pela qual o raciocínio jurídico ou é identificado com a lógica aristotélica, ou considerado arbitrário”.⁸⁴ A saída entre o logicismo e o irracionalismo é a distinção entre lógica e retórica, entre “uma lógica inexorabilidade e um raciocínio da argumentação”, é, em resumo, a teoria da argumentação.

Nesses últimos escritos, Ascarelli chegara ao ponto em que talvez tivesse sido necessária uma recapitulação. E ele próprio sentia

⁸³ *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p.91.

⁸⁴ In *Problemi giuridici*, cit., p.XI.

necessidade disso. Agora, já tinha bem claras em mente as linhas fundamentais de uma teoria, mas era uma teoria, até o presente momento, composta de fragmentos, mais ou menos polidos, retomados, cada qual, infinitas vezes, mas jamais ordenados em um sistema, lançados de modo desordenado, segundo as ocasiões, em escritos de várias índoles, ensaios críticos, resenhas, notas a sentenças, cartas ao diretor, e, em cada escrito aparentemente sem um projeto, ora no texto, ora nas notas. Aliás, para a elaboração sistemática de uma verdadeira metodologia do direito teria sido necessária, ademais, uma reconstrução histórica do trabalho da jurisprudência nos últimos séculos e nos diferentes sistemas. Até então, Ascarelli movimentara-se prudentemente por entre as teorias do último século, da escola histórica em diante, mas era preciso remontar ainda mais para trás, ao contraste entre *mos italicus* e *mos gallicus*, aos primeiros grandes sistemas humanistas e jusnaturalistas.

Essa necessidade de uma pesquisa histórica nascia da constatação da divergência entre a convicção, já atingida e solidamente ancorada na experiência profissional, a respeito da natureza criativa da interpretação e a ilusão tradicional dos juristas acerca do caráter lógico, rigoroso, matemático, da sua ciência. Quais eram as razões práticas deste erro? Em um ensaio de 1955, inúmeras vezes citado, dedicou um parágrafo denso e emocionado a um breve período dessa história, por meio de uma longa nota sobre Bacon, com referências muito precisas a Hobbes e a Leibniz.⁸⁵ Essas páginas eram, evidentemente, apontamentos para uma pesquisa posterior, da qual a coletânea de escritos de Hobbes e Leibniz, publicada postumamente e ponto de partida para esse perfil, viria a ser a primeira etapa. Ele anunciara tal pesquisa no *Prefácio* há pouco recordado, em que, lamentando a falta de reflexões sobre a argumentação jurídica, concluía: “É por isso que, a meu ver, é indispensável um estudo da história do pensamento jurídico”.⁸⁶

⁸⁵ *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p.91-101.

⁸⁶ *Prefácio a Problemi giuridici*, cit., p.XI.

9. Pode ter causado alguma surpresa o fato de não termos encontrado, até agora, em páginas de conteúdo predominantemente metodológico, nem ao menos uma menção ao problema dos problemas, ao problema da ciência jurídica, que se tornou, de Kirchmann em diante, um dos temas prediletos da filosofia do direito. Não o encontramos pela simples razão de que Ascarelli jamais se propusera tal problema nos termos falsos com que fora tratado pela tradição. Se a jurisprudência seria ou não uma ciência era um problema fictício, o que importava saber era como trabalhavam os juristas em seu diuturno esforço de interpretação, independentemente do fato de este trabalho ser científico e a qual tipo de ciência pertencesse. Para Ascarelli, não havia uma ciência jurídica fora da técnica da interpretação. Poderia existir vários graus de rigor na técnica interpretativa, mas não havia qualquer dicotomia essencial entre uma jurisprudência inferior e uma superior (como sustentara Jhering), nem entre uma técnica e uma ciência (como sustentara Gény), nem mesmo entre uma interpretação inferior e uma superior (como propusera Gorla). Admitia uma diferença entre interpretação-ciência do direito e teoria formal do direito, no sentido kelseniano da palavra, mas a teoria formal, cuja utilidade não desconhecia, nada tinha a ver com a atividade do jurista. Assim como não era possível uma distinção entre interpretação e construção: “Não há (...) interpretação” – afirmava, tocando um ponto nevrálgico da metodologia jurídica – “que não implique um momento construtivo; não há, por outro lado, construção que não se ponha como instrumento de aplicação do direito”.⁸⁷ Qualquer tentativa de enaltecer uma pretensa ciência jurídica sobre a atividade interpretativa era expressão, ou de má consciência ou de mau conhecimento.⁸⁸ Se quiséssemos falar de uma ciência jurídica,

⁸⁷ *Tipologia della realtà, disciplina e titoli di credito* (1957). In *Problemi giuridici*, cit., I, p.188. Sobre o problema da construção, mais particularmente, cfr. *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione* (1943). In *Saggi giuridici*, cit., p.72-7.

⁸⁸ Impossível traduzir o jogo de palavras que encerram as expressões *carriua coscienza* e *carriua conoscenza*, que traduzi por “má consciência” e “mau conhecimento”. (N.T.)

que tivéssemos bem claro em nossas mentes que esta nada poderia ter de diferente do trabalho criativo da interpretação, e, portanto, tinha função prática, e não teórica.⁸⁹ Seguindo suas próprias inclinações e convicções últimas, Ascarelli teria preferido falar de sabedoria ao invés de ciência.⁹⁰

Por trás das discussões abstratas em torno da cientificidade da jurisprudência, creio que Ascarelli intuía o desejo dos juristas de escapar das próprias responsabilidades éticas e políticas. Quando, ao contrário, repetia a tese da função prática da ciência do direito, que, afinal, era o mesmo que a reconhecida natureza criativa da interpretação, conclamava o jurista ao dever de tomar consciência do próprio lugar na sociedade. Uma de suas máximas preferidas era a de que as técnicas interpretativas nunca são neutras. Com as suas valorações, o jurista estava a serviço de fins políticos – estivesse ou não consciente disso. Ascarelli não era neutro e tinha sobre os outros colegas a vantagem de estar consciente disso. Mesmo nos primeiros anos, como vimos, participara da batalha política dos grupos juvenis antifascistas. Mas engajamento político e estudos jurídicos, como freqüentemente ocorre entre os jovens devido à não alcançada harmonia entre as aspirações e a realidade, avançaram por caminhos diferentes, sem quase nunca se encontrarem. Em seguida, veio o longo parêntese do fascismo, dentro do qual o tecnicismo fora a defesa contra a política, que se tornara campo minado. Somente nos anos posteriores à libertação, ocorreu a completa conciliação entre política e ciência na obra de Ascarelli. Até mesmo por isso, os anos sobre os quais estamos discutindo foram os mais fecundos.

No Brasil, passara por um período de grande atividade científica e prática e de intensa preparação para o esperado retorno. Da estadia no Brasil, sempre guardou uma grata recordação. E, para

⁸⁹ Algumas teses sobre a ciência jurídica foram expostas por Ascarelli em uma nota do ensaio *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p.88-9, nota 20.

⁹⁰ *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p.82.

tornar público o testemunho dessa gratidão, escreveu, com a versatilidade que lhe era peculiar, uma monografia completa, em que expôs história e sistema político, economia e direito, problemas culturais, sociais e religiosos da terra que o hospedara. O livro foi publicado com o despretenso título *Sguardo sul Brasile*, em uma coletânea, "Paesi stranieri", que ele idealizara com um amigo do tempo de antifascismo juvenil, Riccardo Bauer. Contudo, a empreitada não teve sucesso, e o pequeno volume foi pouco lido, estando agora quase esquecido.⁹¹ Em novembro de 1946, voltou pela primeira vez à Itália, para reassumir a cátedra em Bolonha. As suas impressões sobre a sociedade italiana que vinha se formando de modo turbulento em meio à desordem da derrota, das lacerações da guerra civil, da agitação frenética da libertação, eram contraditórias. Admirava o ímpeto generoso da Resistência, mas dela contestava o rápido apagar-se num *qualunquismo*⁹² sem horizontes e na conflitante divisão dos partidos em facções. Não escondia de si mesmo o período do neofascismo, "alimentado pela burguesia proletarizada e ferozmente inimiga da república". Sobre a situação política, expressou um juízo que era uma profecia: o governo era de esquerda (ainda não ocorrera o afastamento dos comunistas e socialistas do governo), mas a economia caminhava à direita, criando novo aumento de concentração da riqueza.⁹³ Comparando a França e a Itália, julgou a primeira mais estável, a segunda mais inventiva (mas menos sólida). Seja como for, preferia o ímpeto ativista de Milão à euforia de poucos, acompanhada pela

91 *Sguardo sul Brasile*, Giuffrè, Milão, 1949. Apresentação do Brasil, trad. port. Olinto de Castro, São Paulo, SAL, 1952). Não passou despercebido, contudo, a um leitor atento e curioso como Capograssi, que o cita em suas considerações finais sobre a diferença entre sociedade americana e sociedade europeia: *L'ambiguità del diritto contemporaneo* (1953), agora in *Opere*, V, Giuffrè, Milão, 1959, p.393.

92 Além do sentido mais comum associado à ideia de indiferença e incredulidade na política partidária, a palavra italiana *qualunquismo* também faz referência a um movimento surgido em meados da década de 1940 – e batizado a partir do jornal intitulado *L'uomo qualunque* ('O homem qualquer') – que rejeitava a importância dos partidos políticos, afirmando que a política deveria pautar-se pelos critérios do bom senso do cidadão comum, do cidadão qualquer (N.T.).

93 De duas cartas à sua mulher escritas em Roma, nos dias 17 e 19 de novembro de 1946.

apatia de muitos, que encontrara na capital. A propósito da situação financeira, emitiu o seguinte juízo peremptório:

A minha experiência fiscal é preciosa. Imediatamente me faz ver muitos aspectos. A Itália é o país menos tributado do mundo, e isto explica muitas coisas. Explica a existência e a permanência do fascismo, o poder dos que atuam no mercado negro e o qualunquismo, que é, por sua vez, consequência da incapacidade administrativa das esquerdas, cujos homens, ótimos, precisam de tempo para se assenhorear dos problemas, enquanto o tempo urge e a situação econômica piora.

A propósito da retomada industrial, arrisca esta previsão:

A indústria italiana (...) é mais moderna e tecnicamente mais avançada do que a francesa, seja pelo maior espírito inventivo italiano, seja por ser mais jovem (...) e por isso, creio, destinada a sair-se bem. Talvez a Itália do norte seja hoje, ao lado da Bélgica, o maior centro industrial europeu.⁹⁴

Ensinava em Bolonha, mas vivia, quando estava na Itália, em Roma. Ainda continuou, nos primeiros anos, a manter contato com o Brasil, onde a família permaneceu até 1952. O retorno não foi privado de amarguras, de nostalgias, de dificuldades, de conflitos. Sentia-se freqüentemente isolado, quase estrangeiro, desenraizado, enfim, como alguém que houvesse despencado na Terra vindo de outro mundo. Sofria de solidão e tinha dificuldade para encontrar o próprio caminho. Às vezes, sentia-se vítima de uma conspiração do silêncio. Permaneceu, por algum tempo, indeciso sobre se deveria considerar definitivo o retorno à Itália. Qual seria o futuro político e econômico da Europa? Explodiria uma nova guerra mundial? Qual seria o destino da Itália? Eram os anos da guerra fria, nos quais parecia que a civilização européia estava destinada a imergir para sempre no abismo entre Estados Unidos e União Soviética. A longa estada no Novo Continente habituara-o a observar com um olhar mais frio as

⁹⁴ De uma carta à sua mulher escrita em Paris, em 20 de novembro de 1946.

coisas do Velho, a fazer comparações imparciais entre uma e outra civilização, a orientar-se com prudente distanciamento. Contudo, aprendera a admirar o costume social dos americanos: "Com frequência o latino dita uma regra jurídica" – escrevia ele – "em situações nas quais o anglo-saxão observa uma regra social". E o espírito igualitário deles: "O homem do elevador, na hora do seu descanso, toma-me pelo braço para fumarmos e conversarmos. Esta é a civilização americana". E o espírito antiindividualista: "Sentido do coletivo: até mesmo no campo científico não se trabalha sozinho, mas em grupo. Sentido de comunidade, pelo qual todos podem dizer '*we are the government*'. Desejo de ser como os outros". E o seu "bom-mocismo", pelo qual "não se contam mentiras; não se frauda; um homem é considerado cavalheiro até prova em contrário...", de modo que lhe dáva prazer concluir:

*América herdeira da Inglaterra: na tutela de um equilíbrio; em uma talassocracia em contraposição a uma potência continental; na tutela de uma civilização industrial, marinha e, por isso, liberal contra as tendências de planície, continentais.*⁹⁵

Pouco a pouco, a vida italiana torna-se mais normal, os furores pós-bélicos aplacam-se, e ele decide permanecer na pátria. Retomara o gosto pelo trabalho, sobretudo pelo magistério e pela pesquisa científica; parecia-lhe estar na melhor das condições para outra vez arar a terra, e não devia abandonar o campo no momento da mais vigorosa colheita. Em 1949, publicou a primeira coletânea de escritos variados, *Saggi giuridici*, aos quais se seguiram, três anos depois, os outros, além de *Studi di diritto comparato*, inúmeras vezes citado, *Saggi giuridici sulla moneta* (1951), *Studi in tema di contratti* (1952), *Studi in tema di società* (1952). Quando, em 1953, foi chamado à Universidade de Roma para ensinar direito industrial, o lento processo de inserção na vida italiana já estava definitivamente completo. Em 19 de agosto de 1954, era eleito sócio correspondente da *Accademia dei Lincei*.

⁹⁵ De apontamentos inéditos do diário, datados de fevereiro de 1948.

As eleições de 7 de junho de 1953, conduzidas com base na famigerada lei majoritária, fortaleceram pequenos grupos políticos que haviam lutado corajosamente para impedir o acionamento do prêmio de maioria. E obtiveram o resultado esperado. Ascarelli aproximara-se do movimento *Unità popolare*, aliança provisória de ex-integrantes do *Partito d'azione*, socialistas autonomistas e republicanos dissidentes, que concorrera com lista própria às eleições políticas. Foi candidato nessas eleições na lista daquele movimento. Participou do comitê provisório que, em 13 de maio de 1954, teve por tarefa acordar com o conselho diretor de *Autonomia socialista* a formação de um órgão comum aos dois movimentos, e, posteriormente, do Comitê Central.⁹⁶ Participou dos debates promovidos pelo movimento. Colaborou na redação do apelo do Comitê dos Juristas (os outros eram Calamandrei, Comandini, Jemolo e Piccardi) contra as providências discriminatórias ameaçadas pelo governo Scelba, em 4 de dezembro de 1954. Colaborou na folha periódica, publicada entre os anos de 1954 e 1955, sob o título "Lettere agli amici di *Unità popolare*", cujo idealizador foi Leopoldo Piccardi.⁹⁷ Por intermédio de Ernesto Rossi, que Ascarelli conhecia desde os tempos do "Non mollare",⁹⁸ enviou ainda algumas contribuições esporádicas para "Il Mondo".⁹⁹ Participou, como protagonista, de dois congressos promovidos pelo jornal semanal do radicalismo italiano, no primeiro e no quinto, respectivamente, sobre "La lotta contro i monopoli" (Roma, 13 e 14 de março de 1955) e sobre "Atomo ed elettricità" (Roma, inverno de 1957).¹⁰⁰ Ambos os congressos foram encerrados com a reda-

⁹⁶ In "Lettera agli amici di *Unità popolare*", n.1, 20 de fevereiro de 1954, p.7.

⁹⁷ *Fisco e società*, in "Lettera agli amici di *Unità popolare*", n.22-3, Roma, 17 a 24 de julho de 1954, p.5-6. No n.44, de 26 de março de 1955, foi publicado um trecho da comunicação de Ascarelli proferida no "Convegno per la lotta contro i monopoli" (p.8-9), sobre o qual se verá mais adiante.

⁹⁸ Cfr. E. Rossi, *La pentolaccia dei monopoli*, in "Il Mondo", XI, n.49, 8 de dezembro de 1956.

⁹⁹ Com três artigos: *L'emigrante liberista*, II, n.25, 24 de junho de 1954; *Giustizia migliore*, II, n.51, 23 de dezembro de 1950; *Un colpo gobbo*, VIII, n.52, 25 de dezembro de 1956.

¹⁰⁰ As atas dos dois congressos foram publicadas na coleção da editora Laterza "Libri del tempo": *La lotta contro i monopoli*, com organização e introdução de E. Scalfari. Bari, 1955 (a comunicação de Ascarelli está nas p.103-351); *Atomo ed elettricità*, com organização e introdução de E. Scalfari,

ção de dois esboços de projetos de lei, dos quais Ascarelli foi um dos principais autores, “Sulle intese industriali e commerciali in tema di società” e “Sulla produzione e utilizzazione dei combustibili nucleari”, depois apresentados à Câmara dos Deputados pelos honoráveis La Malfa, Lombardi e Villabruna.¹⁰¹

A primeira comunicação ofereceu a Ascarelli uma boa oportunidade para apresentar, como propostas de reforma legislativa, observações e críticas que há anos vinha dirigindo à disciplina normativa das sociedades por ações, partindo, sobretudo, de duas considerações: em relação àqueles aos quais cabia, em última instância, o poder de decisão, o poder aumentara enormemente com o crescimento da grande empresa, mas não aumentara proporcionalmente o risco econômico; em relação aos acionistas pequenos e isolados, a proteção legislativa era insuficiente e, o mais importante, ineficaz. Eram necessárias, por um lado, maiores e melhores medidas de controle dos mais fortes, e por outro, intervenções mais enérgicas para a tutela dos mais fracos. A direita econômica, nós acrescentamos, sempre pronta a erigir-se como severa guardiã dos direitos das minorias em sede política (onde é mais fraca), torna-se igualmente reivindicadora indignada do poder das majorias em sede econômica (onde é mais forte). Quanto à crítica antimonopolista, lamentando que a nossa legislação fosse agora a única a ignorar o problema, propôs a introdução de normas impeditivas de qualquer pacto entre a concorrência recíproca, especificando e delimitando o campo que deveria ser ampliado às intenções indiretas (que são também as mais frequentes).

Bari, 1957 (a comunicação de Ascarelli está nas p.105-38). É inacreditável, mas ao longo de todo o volume das atas não aparece a data do congresso. As duas comunicações de Ascarelli podem ser lidas também in *Problemi giuridici*, cit., II, p.879-931 e p.947-64; a primeira enriquecida com muitas notas (já publicada também in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, IX, 1955, p.273-317). Ascarelli participou também de outros congressos de *Amici del “Mondo”*: *Dibattito sulla scuola*, Laterza, Bari, 1956, p.144-7; *Verso il regime*, Laterza, Bari, 1960, p.203-8. A contribuição dada por Ascarelli nesses congressos foi recordada por Nicolò Carandini na abertura do Congresso sobre a nacionalização da energia elétrica (1960): cfr. *Le baronie elettriche*, Laterza, Bari, 1960, p.26.

¹⁰¹ Cfr. o texto corrigido dos dois esquemas in *Problemi giuridici*, cit., II, p.933-43 e p.971-81.

Em relação à solução jurídica a ser dada à produção da energia nuclear na Itália, criticou o chamado Projeto Cortese, que acabava por entregar todo o poder à iniciativa privada, fingindo ser acen-tuadamente publicista: “Um projeto” – dizia ele – “que não oferece um instrumento para o desenvolvimento da energia nuclear, mas se limita a esperar que a iniciativa privada providencie este desenvolvi-mento”.¹⁰² Sustentando que cabia ao Estado, e somente ao Estado, a decisão sobre o impulso a ser dado à indústria nuclear, independen-temente de considerações sobre o lucro privado, propôs a solução do monopólio estatal. Não se tratava de um amor genérico pela estatiza-ção, mas de um juízo de oportunidade sobre uma situação que não parecia possibilitar outras vias (encorajado, de resto, pela experiência de outras legislações decerto não socialistas).

Do convite de Roma até a sua morte, as atividades de Ascarelli foram, em todos os campos, intensas. Realizou conferências em várias cidades, foi convidado e aplaudido em congressos italianos e estran-geiros. Sua participação na conferência diplomática para a revisão da Convenção de Paris sobre o tema das patentes, que teve lugar em Lisboa, em outubro de 1958, foi inúmeras vezes recordada. Desta-cou-se, sobretudo, na IV Comissão encarregada de examinar os pro-blemas relativos à repressão das falsas indicações de proveniência e à proteção das denominações de origem. Poucos meses antes de sua morte, aceitara presidir um Congresso que ocorreria em Milão, tendo por tema as patentes, promovido pelo *Centro Studi della legislazione industriale*. O Congresso, dedicado à “Reforma da legislação sobre patentes”, foi aberto em 5 de fevereiro de 1960, dois meses e meio depois de sua morte, tendo sido dedicado à sua memória. Em 1956, idealizou, fundou e dirigiu um periódico seu, dedicado ao estudo específico dos problemas que mais estimularam as suas reflexões, sobre a discrepância entre as formas legislativas e a realidade efeti-va da práxis jurídica e judiciária, a “*Rivista della società*”, que a ele

¹⁰² In *Problemi giuridici*, cit., p.959.

sobrevive, agora sob a direção de Giuseppe Auletta e Luigi Mengoni. Escreveu um grande número de artigos e notas, em especial sobre o tema da sociedade e dos títulos de crédito, dos quais apenas uma bibliografia completa, que mais dia menos dia deverá ser compilada, poderá oferecer a plena e exata dimensão. Compôs o grande comentário sobre as *Obbligazioni pecuniarie*, que foi publicado em 1959, poucos meses antes de sua morte.¹⁰³ Organizou, com numerosos acréscimos, sobretudo nas notas, a mais importante das suas coletâneas de ensaios, os dois volumes, inúmeras vezes citados, de *Problemi giuridici*, publicados postumamente. Em 21 de outubro de 1959, um mês antes de sua morte, a Faculdade de Direito de Roma convidara-o para lecionar direito comercial como sucessor de Alberto Asquini.¹⁰⁴ A cruel doença que o venceria em poucos dias não lhe permitiu sequer pronunciar a Aula Inaugural. A última meta foi assim, a um só tempo, conquistada e perdida. No mesmo dia de sua morte (20 de novembro de 1959), a Universidade Livre de Bruxelas, por iniciativa do amigo e colega Perelman, conferia-lhe o título de doutor *honoris causa*.

10. Certa vez, falando de Piero Calamandrei, cheguei a defini-lo como um jurista-moralista.¹⁰⁵ Eu quis dizer que ele era particularmente sensível ao valor ético do direito, olhava com ansiedade para o direito como a um instrumento delicado, imperfeitíssimo, sempre pronto a quebrar-se, para fazer triunfar a justiça. Empregando o mesmo parâmetro, Ascarelli poderia ser definido, ao invés disso, como um jurista-economista. Sempre estudou com particular atenção as relações entre direito e economia, considerou o direito sobretudo no seu valor instrumental em relação aos fins econômicos da sociedade. O grande tema dos últimos anos foi, como inúmeras vezes observa-

¹⁰³ *Obbligazioni pecuniarie*, no *Commentario del codice civile*, organizado por A. SCIALOJA, e G. BRUNCA, Zanichelli, Bolonha, 1959.

¹⁰⁴ O qual escreveu sobre Ascarelli um dos ensaios mais profundos: *Nell'anniversario della morte di Tullio Ascarelli*, in "Rivista delle società", V, 1960. p.977-1.012.

¹⁰⁵ N. BORRHO, *Ricordo di Piero Calamandrei*, in "Belfagor", XIII, 1958, p.592.

do, a inadequação do direito privado contemporâneo diante da rápida transformação econômica devido à qual teria nascido a segunda Revolução Industrial. Contudo, a crítica econômica do direito resolvia-se, no final, em uma crítica política e, mais ainda, em uma crítica moral, isto é, à constatação da insuficiência de um dado corpo de leis e de doutrinas, pelo que diz respeito à defesa dos valores últimos da justiça social e da tutela do indivíduo. Além disso, o estudo do direito comercial e o contínuo contato profissional com os problemas da sociedade capitalista em transformação contribuíram para colocar em primeiro plano a função imediata do direito, que era a função econômica. Observando o direito dessa perspectiva, Ascarelli inaugurou, na Itália, uma orientação funcionalista no estudo dos grandes problemas jurídicos. Para definir com um rótulo a sua obra, deveríamos falar, precisamente, de funcionalismo jurídico, que é um novo caminho para além do positivismo jurídico, ligado à ficção da vontade do legislador, e para além do jusnaturalismo, inclusive na sua versão moderna de recurso à natureza das coisas, viciado pela confusão entre juízos de fato e juízos de valor. Nessa concepção funcionalista do direito, o jurista perdia o caráter tradicional do dogmático e assumia o caráter do engenheiro ou construtor voltado para a tarefa de organizar uma sociedade em expansão e evolução, disciplinando-a juridicamente. De resto, tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo jurídico, embora opostos em seus fundamentos, uniam-se pelo ideal da jurisprudência como lógica do direito e da concepção declarativa da interpretação. A nova via era aquela que, rejeitando uma imagem do jurista que já se tornara anacrônica, abria caminho para uma visão mais realista de seu trabalho e, simultaneamente, para uma atividade mais conforme às novas necessidades.

É impossível dissociar essa concepção da jurisprudência da personalidade de Ascarelli como um todo, do seu caráter de homem curioso, irrequieto, sempre pronto a novas explorações, voltado para novos horizontes de saber (nos últimos anos, quis dedicar-se ao estudo da matemática para aprofundar certos problemas de lógica jurídica).

Era fascinado pelos dois grandes temas do direito no tempo – daí sua paixão, sobretudo nos últimos anos, pelo estudo da história do pensamento jurídico – e do direito no espaço –, daí o incansável estudo, desde os primeiros anos, dos direitos estrangeiros. Em ambas as direções, auxiliado por uma excepcional perspicácia e por uma natural vocação cosmopolita, estendeu o mais que pode o seu olhar, até enxergar novos meios, projetar novas perspectivas, propor novos temas de trabalho.

Durante toda a vida foi um leitor incansável. Lia com avidez tudo o que lhe caía nas mãos ou lhe era sugerido pelas circunstâncias. Alguns apontamentos de seu diário, do ano de 1948 em diante,¹⁰⁶ documentam a variedade de suas leituras: de Voltaire a Kafka, de Filangieri a Gide, de Guizot a Freud, de Goethe a Proust, a Nehru, a Gramsci. Em Paris, entusiasmara-se com *Les Mouches*, de Sartre, em Veneza, admirou Chagall. Com as leituras extravagantes, parecia querer nutrir o seu espírito com aquele alimento do qual a jurisprudência era demasiado pobre. Preferia os poetas das sombras àqueles da luz. O exercício da inteligência, que nele era veloz, segura, extremamente lúcida, não lhe bastava. Buscava uma compensação, uma integração, nos clássicos, nos escritores problemáticos, nos espíritos religiosos. Hesitava diante da inconseqüência de Voltaire, mas se deixava abandonar de bom grado a Pascal. Agradava-lhe o teatro dos grandes problemas: “O pecado original e a graça; necessidade e liberdade; fatos e responsabilidade, duas grandes antinomias”. Ao lado da qualidade da clareza intelectual, que fizera dele um jurista temperado pela exigência do rigor, alinhava-se a ânsia de sondar o mistério que circunda o homem e a sua obra de civilização.¹⁰⁷ E assim o historicismo, que o guiara no estudo do direito, ficava suspenso pela dúvida final sobre o sentido último da história: dúvida que não devia (ou não podia) ter resposta.

¹⁰⁶ Inédito, do qual tomei conhecimento por gentil permissão da família. Desse diário foram extraídas todas as citações que se seguem. Aproveito a oportunidade para agradecer em particular à viúva, senhora Marcella Ascarelli Ziffer, pela preciosa e constante ajuda que me prestou durante o trabalho.

¹⁰⁷ Apreende bem esse aspecto da personalidade de Ascarelli, G. AULETTA, *Tullio Ascarelli*, in “*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*”, XIII, 1959, p.1.209-18.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

A

- Acquarone A., 229 n.
Acuña E.R., XXIV, XXV n.
Ago R., 154-155 n.
Akzin B., 200-201 n.
Albertario E., 236-238 n.
Alchourrón C.E., 200-201 n.
Anderlini L., 227 n.
Arcangeli A., 224-225.
Aristóteles, 91-92, 154-155.
Armellini S., 23-24 n.
Ascarelli A., 223-224.
Ascarelli T., XIV, XVII, LV, LVI,
211-272.
Ascoli M., 219-222, 227 n., 231-232.
Asquini A., 244-245, 269-270.
Aubert V., 82-83 n., 95-97, 102-103 n.
Auletta G., 267-269 n., 271-272 n.
Austin J., 2-3, 23-24, 183-185, 187 n.

B

- Bacon F., 260-261.
Bandini G., 227, 228 n.
Baratta A., 163-164 n.
Barone F., 186-187 n.
Bartolo B., 223-224 n.
Bassi E., 231-232 n.
Basso L., 227 n.
Battaglia F., 219-220, 227 n.
Bauer R., 262-263.
Bentham J., 8-9, 23-24 n.
Bergson H., 219-220.
Bernerri C., 227 n.
Bernini G., 211-212.
Blondel G., 229 n.
Bolaffio L., 224-225.
Bonfante P., 227.
Bosi, 231-232.
Bottai G., 162-163.

Branca G., 269-270 n.
Bredemeier H.C., 103-104 n.
Brinkmeyer, 229 n.
Brunetti F., 211-212.
Bulygin E., 200-201.
Buonaiuti E., 227.
Burzio F., 229 n., 229-230.
Busino G., 187 n., 188 n.

C

Caiani L., 242-243 n.
Calamandrei P., XXXIV, 265-266,
269-270.
Cammarano A., 227 n.
Cammarata A.E., 175-176 n., 219-220.
Cantimori Mezzomonti E., 34-35 n.
Capograssi G., 163, 262-263 n.
Cappa A., 224-227, 229-230 n., 230-
231.
Carandini, 267 n.
Carnelutti F., XIX n., XXII, XXIII, 7-8.
Carrió G.R., XXXVIII n., XLII, 1-2,
10-11.
Cassese S., 162-163 n., 163-164 n.,
175-176, 177-178 n.
Cattaneo C., XXII.
Cellerier G., 183-185 n.
Cerroni U., 44-45 n., 79 n., 147-148 n.
Cesarini Sforza W., 155-156 n., 163-
164 n., 219-220.
Chagall M., 271-272.
Chesterton G.K., 228 n.
Cohen H., 185-186.
Coing H., 256-257.
Coke E., 216-218.
Cole G.D.H., 161-162.
Colorni E., 223-224.
Comandini F., 265-266.
Comte A., 34, 129-130.

Conso G., XXXIX.
Conte A.G., XXXVII, 255-256 n.
Coppini M., 227 n.
Cotta S., 106-107 n.
Croce B., 164-165, 219-222.

D

D'Albergo S., 174-175 n.
Dantas T., LVII.
de Gallaik M., 222-223 n.
Delos J., 159-160 n., 161-162 n.
De Maistre J., 228 n.
De Mattia A., 23-24 n.
Desqueyrat A., 159-160 n., 161-162 n.
Diambri Palazzi S., 227 n.
Díaz E., 82-83 n.
Domat J., 212-213.
Duguit L., 164-165, 182-183.
Durkheim E., 50-51, 99-100, 115-
116, 132-137.

E

Einaudi L., XXXIV n., XXXIX, XL, XLI
n., 175-176.
Engel E., 200-201 n.
Engels F., 34-35 n., 84-85, 88-89,
129-130.
Engisch K., 183, 204-205 n.
Esser J., 159-160 n.
Evan W.M., 102-103 n.

F

Fabbri L., 228 n.
Facchi A., XLI.
Falcon G., 180 n.
Farneti P., 139-140 n.
Fassò G., XXXIV.
Fechner E., 81-82 n.
Ferrajo A., 112-113 n.

Ferrari V., 47-48 n.
 Ferrarotti F., 131-132 n.
 Ferrero G., 227 n.
 Filangieri G., 271-272.
 Finzi M., 224-225.
 Flores P., 227, 228 n.
 Fodale E., 228 n.
 Formentini U., 228 n.
 Fovel M., 228 n.
 Franceskakis Ph., 159-160.
 François L., 159-160 n.
 Freud S., 186-187, 193-194, 271-272.

G

Galtung J., 100-101 n.
 Garosci A., 234-235 n.
 Gavazzi G., XX n., 122-123 n.
 Gentile E., 221-222.
 Gény F., 219-220, 261-262.
 Ghezzi G., 46-47.
 Giannotta M., 211-212.
 Giasanti A., 103-104 n.
 Gibbs J.P., 8-9.
 Gide A., 271-272.
 Gierke O. von, 171-172.
 Gilissen J., 161-162 n.
 Gioia M., 23-25 n.
 Gioja A., XXV n., XXXVIII n.
 Giolitti G., 229-230.
 Giorgio D.V., XXI, 47, 211, 227, 228 n.
 Giusti V., 227 n.
 Gjidara M., 84-85 n.
 Glastra van Loon J.F., 94-95.
 Gobetti P., XXI n., 226, 227 n., 229-234.
 Goethe J.W., 271-272.
 Gorla G., 261-262.
 Gothot P., 159-160 n.
 Gramsci A., 271-272.

Graziadei A., 227 n., 229-231 n.
 Grildrig, ver Cappa A.
 Guarino G., 17-18 n.
 Guido da Ferrara, ver Ascarelli T.
 Guisan F., 188 n.
 Guizot F.P.G., 271-272.
 Gurvitch G., 83-84, 159-160 n., 161-163, 171-172.

H

Hart H.L.A., 48-49, 53-55, 78-79, 102-103 n., 111-112, 122-124, 134-135, 182-183, 196-197, 201-202, 209-210, 256-257.
 Hartmann L.M., 229 n.
 Hauriou M., 159-160 n., 160-165, 167-168.
 Hauser R., 183 n.
 Hayek F.A., LIV, 5-6 n., 10-13 n., 43-44, 115-126, 128-137, 147-148.
 Hegel G.W.F., 4-5, 34-35, 91-92, 128-130, 150-151, 154-155, 171-172.
 Hitler A., 187.
 Hobbes Th., LV, LVI, 23-24 n., 128-130, 134-135, 211-218, 240-241, 260-261.
 Hobson J.A., 161-162.
 Hoebel E.A., 102-103 n.
 Holmes O.W., 97-98, 246-247.
 Hurst J.W., 95-97.

I

Ingber L., 161-162 n.

J

Jacini S., 228 n.
 Jellinek G., 182-183.
 Jemolo A.C., 265-266.

Jennings W.I., 161-162, 162-163 n.
 Jhering R., XL, XLI, XLVII, 2-3, 8-10,
 27-28 n., 50-51, 60-61, 63-66,
 85-87, 99-100, 104-105, 134-136,
 182-183, 261-262.

K

Kafka F., 271-272.
 Kant I., 4-5, 27-28 n., 33-34, 127-
 128, 134-135, 155-156, 185-186
 n., 217-218.
 Kantorowicz H., 27-28 n., 220-221.
 Kelsen H., XII, XIV, XVI- XVII, XIV-
 XIX, XXX, XXXII, XXXV-XXXVII,
 XXXVIII n., XXXIX-XLIV, LI, LIII-
 LIV, 2-3, 7-8, 27-29, 50-51, 53-71,
 73-79, 82-88, 98-100, 104-105,
 111-112, 126-127, 134-135, 148-
 149, 164-165, 179-180 n., 181-
 210, 255-256.
 Kirchmann J.H., 260-261.
 Klug U., 183, 256-257.

L

La Malfa U., 267.
 Lanaro S., 176-177 n.
 Laski H., 161-162.
 Lazarsfeld P.F., 140-141 n.
 Lazzaro G., XXVII, 198-199 n.
 Leão XIII, 175-176.
 Le Baron B., 53-54 n., 83-84 n.
 Leibniz G.W., LV, 3-4, 211-216, 240-
 241, 260-261.
 Lenin V.I., 152-153 n.
 Leone E., 227 n.
 Liebmann T., 228 n., 231-232.
 Limentani L., 227 n.
 Llewellyn K.L., 102-103 n.
 Locke J., 128-129, 217-218.

Lombardi F., 95-97 n., 267.
 Lombardi R., 267.
 Losano M., XIX, XX-XXI n., XXXI n.,
 XXXIII n., XXXVI n., XXXIX n.,
 XLV n., XLIX n., LVI-LVII, 8-9 n.,
 44-45 n., 79 n., 86-87 n., 181-182
 n., 199-200 n.
 Luhmann N., XLV, 81-82 n., 82-83,
 112-113.
 Lukács G., 204-205 n.
 Lukić R., 84-86, 99-100.
 Lumia G., 12-13 n.

M

Maffei D., 211-212.
 Maggiore G., 219-220, 221-222.
 Magliano R. Jr., LVI.
 Magni C., 256-257.
 Maihofer W., 81-82, 102-105 n.
 Manara U., 224-225.
 Marcano V., 229 n.
 Marshall A., 231-232 n.
 Martín-Retortillo S., 160-161.
 Marx K., 34-36, 84-85, 89-90, 171-
 172, 194-195, 202-203, 228 n.
 Mathieu V., 3-4 n.
 Matteotti G., 231-232.
 Maynez E.G., 100-101.
 Mengoni L., 269-270.
 Merkl A., 181-182, 198-199.
 Merli S., 231-232 n.
 Messineo F., 218-219 n.
 Metall R.A., 181-183 n., 186-188 n.,
 191-192 n., 201-202.
 Michels R., 187 n.
 Mondolfo R., 227, 229 n., 230-231 n.
 Mora P., XLI n., 23-24 n.
 Morra N., XXIX n., 242-243 n.
 Morra U., 231-232 n.

Mosca G., 140-141, 172-173.
 Murri R., 176-177.
 Mussolini B., 162-163, 227.

N

Narducci A.S., XXV, XXVI n.
 Nasalli-Rocca E., 228 n.
 Necchi, 231-232.
 Negri A., 150-151 n.
 Nehru J., 271-272.
 Nenni P., 231-232.
 Nicoletti, 231-232.

O

Oakeshott M., 217-218 n.
 Ockham G. di, 212-213.
 Olbrechts-Tyteca L., 142-143 n.,
 259-260.
 Olivecrona K., 27-28.
 Oppenheim F., 8-9.
 Oriani A., 228 n.
 Orwell G., 35-36, 89-90.
 Ottomano [Hotman] F., 212-213.

P

Paine T., XL.
 Panunzio S., 162-163, 174-175 n.
 Pareto V., 50-51, 187-191, 193-196,
 197-198, 226.
 Parsons T., XLIV, XLV, XLIX, 8-9 n.,
 50-51, 102-104 n., 112-113.
 Pascal B., 153-154, 271-272.
 Pascal P., 229-231 n.
 Pasini D., 99-100 n.
 Peces-Barba G., XXVI.
 Pekelis A., 219-220.
 Pera G., 46-47.
 Perassi T., 7-8 n.

Perelman Ch., XXIII, 142-143 n.,
 258-260, 269-270.
 Perozzi S., 228 n.
 Piaget J., 183-185.
 Picard M., 234-235.
 Piccardi L., 265-266.
 Pincherle A., 227, 228 n., 231-232.
 Pizzorno A., 141-142 n.
 Pontecorvo B., 223-224.
 Pontecorvo E., 223-224.
 Popper K., 183.
 Pound R., 246-247.
 Predieri A., 13-14 n.
 Proudhon P.J., 171-172, 175-176.
 Proust M., 271-272.

R

Radbruch G., XXX, XXXIII n., XXXV n.
 Ramus P., 212-213.
 Rathenau W., 228.
 Rattazzi U., 228, 229.
 Ravá A., XXVIII.
 Raz J., 82-83 n., 200-201 n.
 Reale M., XXVII, XXXVII.
 Recaséns Siches L., XVI, 102-103 n.,
 105-106 n.
 Reh binder M., 82-83 n., 102-103 n.
 Renard G., 83-84, 125-126 n., 159-
 160 n., 161-165.
 Renner K., 201-202, 251-252.
 Ricci U., 231-232 n.
 Ripert G., 234-235.
 Rocca M., 229.
 Roguin E., 85-86, 86-87 n., 187-188.
 Rolland R., 228 n.
 Romano S., XVI, LIII, 127-128, 150-
 151 n., 155-156 n., 159-180.
 Ross A., 27-28, 97-98, 182-183.

Rosselli C., 231-232, 234-235.
 Rossi E., 265-266.
 Rousseau J.J., 91-92, 129-130.
 Rufini E., 233-234.
 Rumpf M., 40-41.

S

Saint-Simon C.H., 33-34, 88-89.
 Salvatorelli L., 227 n.
 Salvemini G., 228 n., 230-231.
 Sartre J.P., 271-272.
 Saussure F., 186-187, 197-198.
 Savigny F.K., 213-214.
 Savonarola G., 228 n.
 Scalfari E., 267 n.
 Scelba M., 265-266.
 Schelsky H., 81-82, 103-104 n., 104-105.
 Schmitt C., XXIII n., 118-119, 160-161, 161-162 n.
 Schnur R., 159-160.
 Schott R., 81-82 n.
 Schur E. M., 102-103 n.
 Scialoja V., 223-224, 269-270 n.
 Sereni Emilio, 223-224.
 Sereni Enzo, 223-224, 227, 228 n.
 Solari G., XXI, 34-35 n.
 Sorel G., 162-163, 228 n.
 Sotgiu, 231-232.
 Spencer H., 4-6, 9-10, 12-13, 128-129, 131-137, 147-148.
 Spittler G., 100-101 n.
 Sraffa A., 224-225.
 Stammier R., 56-57.
 Stone J., 160-161.
 Strauss L., 215-216.
 Strawson P.F., 10-11.
 Stucka P.L., 147-148 n.
 Sturzo L., 176-177, 229 n., 230-231.
 Summers R.S., 102-103 n.

T

Tammelo I., 256-258 n.
 Tarello G., 95-96 n., 173-174 n.
 Tedeschi G., 256-257 n.
 Tessitore F., 175-176.
 Thomasius C., 2-6, 27-28 n.
 Thon A., 163-164, 182-183, 195-196.
 Tilgher A., 227 n.
 Tocqueville A. de, 175-176.
 Tommissen P., 187 n.
 Tönnies F., 50-51, 130-132, 133-136, 139-140.
 Topitsch E., 194-195.
 Treves C., 227 n.
 Treves R., XXI-XXII, XXIX, XXXVII n., XLI-XLII, XLIV-XLVII, 23-24 n., 51, 94-96 n., 199-200 n.

V

Vercruylsse E., 94-95 n.
 Vescovini G., 227, 228 n.
 Vico G.B., 129-130.
 Villabruna B., 267.
 Vittorelli P., 236.
 Vivante C., 223-225, 244-245.
 Voltaire, 271-272.

W

Walter R., 183, 200-201 n.
 Weber M., XXIII, LIV, 50-51, 56-57, 86-88, 136-137, 188-191, 194-195, 202-205, 228 n.
 Werner F., 98-99 n.

Z

Zanobini G., 172-173 n.
 Ziffer Ascarelli M., 234-235, 271-272 n.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Análise

estrutural, XIII, XXXVIII, XLI, XLIII,
LI, LII, 53-56, 60, 77, 101, 113, 199,
201, 204, 205, 207, 209

funcional, V, XIII, XIV, XV, XLII, XLIII,
XLVII, XLVIII, 19, 54, 56, 60, 73, 75,
77, 81, 83, 85, 87, 89-95, 97, 99, 101,
103, 105, 107-113, 199, 205-209.

Atividade econômica, 9, 10, 64, 65,
68-72, 137.

Atos conformes, 14, 24.

Atos desviantes, 98.

B

Bem-estar, XI, LI, 4.

Bem coletivo, 126-128.

Burocratização, 204.

C

Castigo, 7, 8, 24, 25.

Ciência

do direito, XXXVI, 39, 46, 56, 150,
190, 261, 262

explicativa, 48

jurídica, XX, XXXVI, XLIV, XLV, 33,
37, 39, 40, 45-50, 159, 160, 163, 173,
183, 184, 187, 193, 199, 212, 214,
235, 240, 242, 257, 261, 262

normativa, 48.

Ciências sociais, V, XV, LIV, XLVI,

XLVII, 33, 35-37, 39, 41, 43, 45-47,
49, 51, 84, 88, 90, 102, 139, 145, 184,
190, 192, 194, 197.

Círculo de Viena, 186.

Coação, 1, 6, 7, 27-29, 32, 35, 57, 60,
64, 65, 68, 69, 86, 90, 109, 136, 169,
207, 242.

Comandos, 2, 6, 12, 23, 118, 132.
 Comunidade, 58, 59, 126, 129, 130, 135, 139, 142, 145, 206, 207, 265.
 Conceito
 de direito, 1, 54, 97, 122, 166, 168
 de organização, 134, 166, 167.
 Concepção
 privatista do direito, 97, 128, 149, 150
 publicista do direito, 149.
 Condicionamento psicológico, 35, 89, 90.
 Controle
 dos comportamentos, 90
 social, XII, XLII, XLIII, XLIV, LII, 2, 8, 15, 30-32, 35, 44, 45, 50, 57, 60, 79, 110, 133-136, 205, 206, 208, 209.
 Convivência, LIII, LV, 44, 86, 111, 120-122, 132, 134, 151-153, 157, 213, 215.
 Cooperação, LV, 13, 44, 111, 120, 121.
 Costume, XXII, XXXIII, 42, 98, 153, 183, 265.
 Criação do direito, 217.
 Crise do Estado, 162, 170, 175, 176, 179.

D

Democracia, XXI, XXVI, LIV, 163, 172, 176, 187, 228, 233.
 Desencorajamento, 2, 8, 14, 16-20, 29, 30, 45, 72, 73, 137.
 Desenvolvimento econômico, 100, 208, 209, 247.
 Dever, XXIII, XXXVII, 54, 61, 69, 72, 74, 107, 136, 143, 176, 183, 262.
 Dicotomia, V, XVI, LIV, LV, 110, 115-117, 128-136, 139-153, 155-157, 183, 185, 245, 261

derivada, 130, 139, 156
 derivada, não originária, 156
 kelseniana, 185
 uso triádico de uma, 129.

Direção social, XII, XXXVIII, XXXIX, LII, LIII, 45, 79, 209.

Direito

comparado, 223, 237, 239-241, 246, 250
 consuetudinário, 119, 120
 espontâneo, 248
 estatal, 83, 160, 169, 195, 244, 245
 estatuído, 144, 153, 154, 157
 estatutário, 119
 internacional, 47, 113, 195, 206, 207, 224, 244, 245
 natural, XXX, XXXV, 129, 193, 194, 200, 217, 245, 250
 objetivo, 167
 positivo, LII, 37, 46, 55, 102, 181, 194, 199, 200, 236, 245
 premial, XLI, 9
 privado, LIII, LV, 4, 5, 12, 70, 97, 98, 110, 116-118, 120, 121, 127, 173, 195, 242, 245, 270
 público, LIII, LIV, LV, 12, 110, 116, 118, 120, 121, 127, 128, 134, 173, 177, 195
 subjetivo, 61, 66, 74, 195.
 Disfunção, 81, 92, 93, 102.

E

Economia, 64, 71, 76.
 Efetividade, 46.
 Encorajamento, 2, 6, 13-21, 23, 29, 45, 71-73, 137.
 Escola de Viena, 181.
 Estadismo, 83.

Estado

assistencial, 1, 6, 10, 11, 17, 24, 43-45, 135

civil, 3, 128, 130

de direito, 58, 59, 207

de natureza, 3, 91, 128, 130

"dirigista", XII

"garantista", XII

industrial, XLII, 4

intervencionista, LIV

liberal, LIV, 2, 4, 10, 11, 43, 44, 70, 83, 99, 116, 118, 120, 135, 175

moderno, 41, 59, 67, 74, 75, 87, 137, 162, 169, 170, 173, 175, 176, 178, 202-204

programático, 71

social, XI, XL, 2, 83, 97

totalitário, 116, 120, 130.

Estrutura, I, IV, IX, XII, XIV, XVI, XX,

XXII, XXIV, XXVI, XXVIII, XXX,

XXXII, XXXIV, XXXVI, XXXVIII,

XXXIX, XL, XLII, XLIII, XLIV, XLVI,

XLVIII, LI, LII, LIV, LV, LVI, 1, 2, 4,

6, 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 24, 26,

28, 30, 32, 34, 36, 38, 40-42, 44, 46,

48, 50, 54-56, 58, 60-62, 64, 66, 68,

70, 72, 74, 76, 78, 82, 84-86, 88, 90,

92, 94, 96, 98, 100-102, 104, 106,

108, 110-113, 116, 118, 120, 122,

124-126, 128, 130, 132, 134, 136,

160, 62, 164, 166-168, 170, 172, 174,

176, 178, 180, 182, 184, 186, 188,

190, 192, 194, 196-200, 202-210,

212, 214, 216, 218, 220, 222, 224,

226, 228, 230, 232, 234, 236, 238,

240, 242, 244, 246, 248, 250-254,

256-258, 260, 262, 264, 266, 268, 270

dos ordenamentos jurídicos, XII.

Estruturalismo, XXXIX, 54, 81, 83.

F

Facilitação, 1, 16-18, 30, 32, 102.

Filosofia

analítica, XX, XXVIII

do direito, VII, XIX, XXVI, XXVII,

XXVIII, XXIX, XXXI, 4, 82, 243, 261

política, VII, XXIII, XXVI, XXVII,

XXXVI, XLIX.

Finalidade do direito, XLVII, 3, 9, 65, 86, 105, 207.

Fonte do direito, 169, 257.

Fontes extralegislativas, 41.

Força, XLI, LIV, 7, 16, 27-29, 31, 35, 44, 57-59, 61, 65, 68, 74-76, 84-86, 88, 89, 95, 112, 169, 205, 206, 230.

Formação do direito, 98, 216.

Formalismo, 82, 83, 167, 182, 234, 243, 251.

Forma piramidal do ordenamento, 201.

Função, I, IV, V, IX, XI, XII, XIII, XIV, XVI, XVII, XIX, XX, XXII, XXIV, XXVI, XXVIII, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXVI, XXXVIII, XL, XLI, XLII, XLIII, XLIV, XLVI, XLVII, XLVIII, LI, LII, LIII, LIV, LV, LVI, 1-21, 24-26, 28-30, 32-42, 44-46, 48, 50, 53-62, 64-66, 68, 70-79, 81, 82, 84-113, 115, 116, 118, 120-122, 124, 126, 128-130, 132, 134-137, 160, 162, 164, 166, 168, 170, 172, 174, 176, 178, 180-210, 212, 214, 216-218, 220, 222, 224, 226, 228-232, 234-246, 248, 250-256, 258, 260, 262, 264, 266, 268, 270

conservadora, 20, 109

distributiva, 81, 95, 98
do direito. XII, XX, XXXII, XXXIV, XL, XLI, XLII, XLIII, XLVI, XLVII, XLVIII, 37, 44, 54, 57, 73, 76, 78, 81, 82, 88, 89, 91, 94, 96, 101-104, 106, 107, 109, 112, 121, 205, 206, 208, 209, 214, 239
econômica. LVI, 240, 250, 251, 253, 270
individual do direito, 105
promocional do direito, V, XI, XIV, XIX, XL, XLII, LII, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 45, 71, 73, 77, 81, 101.
protetora, 2
repressiva, XL, 2, 16, 35, 36, 70, 76, 89, 91, 108, 109, 136
social do direito, 85, 105
transformadora ou inovadora, 20.

G

Grande dicotomia, V, XVI, 110, 115-117, 130, 132-135, 183, 185
uso axiológico da, 148
uso sistemático da, 140.

H

Historicismo, 212, 219, 220, 239, 258, 271.

I

Ideologia, V, XVI, 3, 38, 39, 64, 159, 161, 163, 165, 167, 169, 171, 173-175, 177-180, 183, 194, 195, 214, 215, 250, 252
conflitualista, 174
integracionista, 174

privatista, 149

publicista, 149.

Incentivos, XII, XL, XLII, XLVI, LII, 53, 72, 77, 79.

Institucionalismo. 160, 161, 164, 165, 167, 168.

Institucionalização, 27, 51.

Integração social, 89, 104.

Interpretação, XXXIII, XXXVII, XLIX, LVI, 29, 38, 40, 49, 50, 57, 58, 104, 116, 129-131, 159, 163, 165, 174, 211, 212, 214, 215, 217, 218, 220-223, 232, 234, 237, 238, 240, 243, 247, 248, 251-262, 270.

Intervencionismo econômico, 21.

J

Jurisprudência, 39, 182, 184-186, 189, 197, 210, 214, 216, 223, 237-239, 243, 252, 260-262, 270, 271.

Jusnaturalismo, XXIX, XXX, XXXI, XXXIII, XXXIV, XXXV, XLV, 27, 193, 194, 220, 246, 270.

Justiça, XI, 40, 94, 102, 107, 185, 186, 191-193, 207, 220, 269, 270.

L

Legalismo, I, VI, 243.

Legalização, 202.

Legitimação, 40, 102.

Leis de incentivo, 17, 20, 45, 209.

Liberdade, XXXIV, LIII, LIV, 3, 12, 20, 67, 71, 90, 105, 121, 128, 129, 185, 195, 229, 230, 234, 271.

Lógica deontica, XIII, XXXVIII.

Logicismo jurídico, 214, 243.

M

Marxismo, 84, 89, 129.

Medida

direta, 31

indireta, 31.

Monismo, 83, 164, 171, 179, 180

absoluto, 179

relativo, 179, 180.

Monopólio da força, 58, 84, 169.

Monopolização do direito positivo,
156.

Mudança social, 34, 35, 94.

N

Negócio jurídico, 70, 208.

Neopositivismo, XXVIII, 214, 257.

Norma

abstrata, 254

de conduta, 72, 117-119, 127

de organização, 117, 118

primária, 19, 72, 74

secundária, 19, 74

técnica, 19.

Normas

atributivas, 123, 124

de comportamento, LIV, LV, 116

imperativas, 97, 124

premiais, XLI, XLVI, 7.

O

Obrigação, 1, 18-20, 28, 29, 123, 195.

Obstaculização, 16, 17, 30, 32.

Ordenamento

coativo, 7, 53, 57-62, 65, 69, 73, 79,

84, 85, 196, 208, 209

estatal, 42, 59, 66, 115, 117, 124, 178,
179, 244

internacional, 122, 203

normativo, XXXII, 27, 31, 56, 65, 75,
203, 204

promocional, 1, 15, 16

repressivo, 1, 6, 15, 16.

Organização

da força, 68, 75, 76, 206

social, 1, 56, 60, 77, 84, 104, 127, 205,
209.

P

Paz, XLIII, LIV, 3, 57-59, 84, 95, 102,
104, 126, 206, 207.

Perda de função, 81, 88, 89, 91, 92.

Planificação econômica, 44, 45.

Pluralismo, 83, 160-164, 169, 171,
173-179

jurídico, 83, 160, 175

moderado, 179

subversivo, 179.

Poder

coativo, 76, 77

econômico, 75-77

ideológico, 75, 89

legal-racional, 87

político, 10, 102, 106.

Positivismo

jurídico VII, XIX, XX, XXI, XXII,

XXVIII, XXX, XXXI, XXXII,

XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVII, XL,

XLII, XLIII, XLV, XLVI, XLVIII, XLIX,

LI, LVI, 2, 41, 42, 160, 182, 200, 207,

211, 215-217, 220, 242, 243, 270

kelseniano, XIX, XXII, XXIV, XXX,
XXXVII, XLIII

normativista, XL

normativo, XLIX.

Prêmio, XLIII, 1, 16, 18, 19, 21, 24-26, 28, 29, 63, 72-74, 101, 136, 266.

Prevenção, 35, 36, 89, 90.

Proibição, 4, 6, 7.

Protecionista, 71.

R

Racionalização, LIV, 194, 202, 203.

Realismo, LVI, 167, 212, 216, 243, 256-258.

Recompensa, 8, 9, 17, 24, 30, 60, 62-64, 66-68, 100, 136.

Relação jurídica, LIII, 124, 125.

Relações econômicas, 56, 64, 65, 67, 97, 99, 245, 249.

Relativismo ético, XLIII, 193, 205.

Repressão, 2, 24, 35, 36, 45, 79, 89, 90, 98, 136, 137, 268.

S

Sanção

- negativa, 7, 8, 16-18, 24, 28, 29, 45, 62, 72, 74, 99, 101, 135, 209
- positiva, XLII, 16-19, 24, 29, 45, 72, 74, 101, 209.

Segurança coletiva, XLIII, 59, 84, 206, 207.

Sistema, XIII, XIV, XXV, XXXII, XXXIII, XXXVIII, XXXIX, XLV, XLV, XLVI, LI, LIII, LIV, LVI, 1, 6, 7, 10, 14, 15, 17, 23, 27, 31, 33, 37-40, 45, 46, 50, 51, 54, 71, 78, 83, 86, 93, 94, 97, 98, 102-104, 110, 111, 121, 127, 131-133, 136, 137, 164, 166-168, 176-179, 182-184, 187, 188, 190, 195-205, 209, 217, 238, 240, 241, 249, 250, 253-256, 260, 263

aberto, 33, 38, 39

autônomo, 33, 38, 46

autônomo ou auto-suficiente, 38

dinâmico, 78, 86, 166, 200

estático, 78, 200

fechado, XIII, 38, 39

jurídico, XIV, LIII, LIV, LVI, 6, 17, 27, 33, 38, 46, 50, 51, 110, 111, 131, 132, 137, 168, 196, 198-203, 238, 240, 255

social, XIII, XLIV, 38, 46, 51, 83, 93, 102, 131, 133, 178, 179, 188.

Sociedade

civil, 10, 34, 44, 68, 83, 91, 130, 218

em transformação, 33, 38, 39, 43

estável, 38, 39, 43

evoluída, 123

primitiva, 123, 202

tecnocrática, 88.

Sociologia, XIII, XLII, XLIV, XLV, XLVI,

XLVII, LII, LVII, 33, 37, 47, 48, 50, 51, 82, 83, 95, 101, 103, 104, 112, 129, 132, 133, 167, 168, 172, 183, 187, 188, 194, 197, 226, 240, 243, 245, 257

do direito, XIII, XLII, XLIV, XLV, XLVI, XLVII, LVII, 51, 82, 83, 95, 101, 104, 112

jurídica, XLIV, XLVI, LII, 33, 47, 83, 103, 167.

T

Teoria

da instituição, 83, 125, 126, 159-161, 164, 168, 173-175, 196

da interpretação, XXXIII, LVI, 215, 237, 238, 251

- da norma, VII, 125
 - da pluralidade dos ordenamentos
 - jurídicos, 83, 159, 160, 164, 166, 174
 - dinâmica do ordenamento jurídico,
 - 181, 198, 199, 201, 202
 - do direito como instituição, 115,
 - 125-127, 134, 164, 165
 - do ordenamento, XXIV, XXXII,
 - XXXIII, 164, 165, 181, 196, 198
 - do progresso, 128
 - estrutural do direito, XXXIX, XLI, 70,
 - 82
 - funcionalista do direito, V, XIII, XIV,
 - XV, 55, 57, 59, 61, 63, 65, 67, 69, 71,
 - 73, 75, 77, 79, 81, 85, 200
 - geral do direito, XI, XII, XXVIII,
 - XXXII, XLIII, XLVI, XLVII, LI, LII, LV,
 - LVII, 1, 2, 7, 27, 51, 53, 56, 81, 85,
 - 112, 115, 116, 133, 135, 159, 162,
 - 172, 181, 191, 195, 203, 219, 240
 - institucional do direito, 125, 127, 134
 - monista, 164, 171, 174
 - pura do direito, XII, XX, XXI, XXII,
 - XXIII, XXV, XXXVI, XXXVII, XLIII,
 - 54, 56, 82, 181-186, 190, 192, 194,
 - 205, 208, 210
 - relacional do direito, 125
 - sociológica do direito, XLVII, 82, 83.
 - Tricotomia, 129.
- U**
- Uso historiográfico, 140-142, 146, 147,
 - 150, 153, 157.
- V**
- Validade, 27, 46, 194, 209, 219, 226,
 - 234, 252.
 - Valoração, 40, 41, 191, 245, 247, 253,
 - 254.